

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXIV
(2021)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXIV
(2021)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2181-2

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
† Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

A. BANFI, Pensare la legge: a proposito della “cultura giuridica” del Peripato e del cosiddetto <i>de eligendis magistratibus</i>	3
T.E. VAN BOCHOVE, The <i>Index Coislinianus</i> revisited: Compiling an editorial scheme during the reign of Basil the Macedonian	23
F. PROCCHI Strategia e tecnica retorica nella <i>cognitio senatus</i> : a proposito di πρόληψις in Plin., <i>ep.</i> 3.9	49
J.M. RAINER, <i>Latinitas Aeliana</i> und <i>latinitas Iuniana</i>	73
G. RIZZELLI, La donna di Smirne e l’Orazio sororicida	97
G. ROMANO, Note a margine di Paul. 5 <i>quaest.</i> D. 19.5.5.4-5	139
G. ROMANO, L’ <i>actio in factum</i> come surrogato dell’azione di ripetizione? A proposito di Iul. 60 <i>dig.</i> D. 39.6.18.1 e Iav. 13 <i>epist.</i> D. 19.5.10	167
R. SCEVOLA, Sull’inquadramento costituzionale delle dittature cesariane	203
S. SCIORTINO, I commenti di Taleleo e Teodoro di Ermopoli a C. 2.4.29: un raffronto in tema di transazione	263
E. STOLFI, Ancora su <i>actio de dolo</i> , <i>agere praescriptis verbis</i> e un <i>synállagma</i> che non c’è	285

NOTE

G. D’ANGELO, A proposito di D. 43.17.2 (Paul. 65 <i>ad ed.</i>)	309
C. SIMONETTI, Gli Ittiti a Emar e gli Assiri a Kaniš. Spunti per una riflessione sul riconoscimento di cittadini stranieri liberi nel corso del II millennio a.C.	319
F. TERRANOVA, PT. 1.20 pr., testimone inaffidabile della duplicità della <i>lex Iulia et Titia</i> ?	337

Giuseppe Romano
(Università di Palermo)

L'*actio in factum* come surrogato dell'azione di ripetizione?
A proposito di Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 e Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10

ABSTRACT

The study touches upon the theme of the relationship between *condictio* and *actio in factum* in the matter of innominate contracts. More precisely, the question arises whether the *actio in factum* could have performed a merely repetitive function, rather than lead to the protection of the negative interest. In this regard the author deals with Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 and Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10, on the subject of *donatio mortis causa* and (quasi-)usufruct respectively. What the two texts have in common is the fact that in both cases the use of an *actio in factum* pretoria (pursuant to Gai 4.46) is envisaged in a purely repetitive function and that for both cases a relationship with the issue of the protection of *nova negotia* has been hypothesized, in particular for Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10. The author's conclusions go in the direction of excluding such a connection.

PAROLE CHIAVE

Actio in factum; *condictio*; contratti innominati; *donatio mortis causa*; quasi usufrutto; *legatum partitionis*.

L'ACTIO IN FACTUM COME SURROGATO
DELL'AZIONE DI RIPETIZIONE?
A PROPOSITO DI IUL. 60 DIG. D. 39.6.18.1
E IAV. 13 EPIST. D. 19.5.10

1. Del rapporto tra *condictio* e *actio in factum* (in senso stretto)¹ abbiamo avuto già modo di occuparci nel corso di una recente indagine in materia di contratti innominati.² Non occorre davvero ricordare come sull'impiego dell'azione pretoria in tema di *nova negotia* e sui suoi rapporti con le azioni di ripetizione e di adempimento gli studiosi discutano da tempo. Basti qui dire che, facendo proprie le conclusioni di Joseph Pokrowsky,³ la dottrina tradizionale, e a oggi ancora maggioritaria, esclude che l'*a. in factum* possa annoverarsi tra gli strumenti di attuazione del programma obbligatorio, assegnandole piuttosto una funzione in qualche modo analoga a quella assolta dalla *condictio*, nel senso che entrambe sarebbero state fundamentalmente rivolte alla neutralizzazione degli squilibri economici che si sarebbero venuti a determinare nell'ambito di rapporti contrattuali atipici in caso di mancata attuazione di una delle prestazioni concordate. Funzione analoga, ma non identica, in quanto con la prima azione la parte adempiente avrebbe ottenuto una condanna al c.d. interesse negativo,⁴ con la seconda una condanna commisurata al valore economico della

¹ Da intendersi dunque come programma di giudizio (extraeditale) predisposto ai sensi di Gai 4.46 'Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur [...]'. In proposito vd., seppur per brevi cenni, *infra* § 3 e nt. 64.

² G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, I, Torino 2021.

³ J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, in ZSS 16, 1895, 80 ss.

⁴ E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 29 s.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*,⁵ Milano 1907, 469 nt. 1; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 1, Pavia 1913, 30 nt. 1; ID., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 2, Pavia 1916, 237 s., 314, ove non mancano spunti che sembrano piuttosto prospettare un impiego in funzione ripetitiva in senso stretto (in proposito vd. *infra* nt. 119); V. DEVILLA, *Actio incerti*, Catania 1932, 67; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 455, 464; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 21 nt. 17; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 149 nt. 242; ID., *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 325 nt. 123; C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele*

prestazione da lui eseguita, da determinarsi secondo il modello oggettivo della *vera aestimatio* (Sachwert). Da escludere in ogni caso un impiego dell'azione pretoria a fini di adempimento, trattandosi di programma di giudizio per sua natura incompatibile con la sussistenza di un rapporto contrattuale ed anzi concesso proprio nel presupposto che un contratto non vi fosse.⁵ Nel corso del tempo tale orientamento è stato messo in discussione, al punto che è andato via via crescendo il numero di autori che ha finito per riconoscere anche all'*a. in factum* funzione di adempimento, ritenendo che anche in questo caso il giudice avrebbe dovuto commisurare l'importo della *condemnatio* all'interesse c.d. positivo, ovvero all'interesse che l'attore aveva a ricevere l'esatta esecuzione della prestazione promessagli.⁶ Si sono già evidenziati i non trascurabili profili di incongruenza che un tale ordine di idee comporta.⁷ Nel riconfermare la diversa finalità delle azioni (*a. in factum*, da un lato, azione contrattuale atipica, dall'altro), si è anzi osservato come talvolta le fonti sembrano prospettare una sostanziale assimilazione tra *condictio* e *actio in factum*, in termini ben più stringenti rispetto a quanto ipotizzato dalla dottrina tradizionale, assegnando ad entrambi i rimedi processuali una funzione ripetitiva in senso stretto. Si tratta di circostanza che non deve lascia-

contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C., in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 159 e ivi nt. 131, 170 ss.; da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche atipiche nel pensiero dei giuristi classici*, in L. GAROFALO, L. VACCA (a cura di), *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, Napoli 2021, 431 s., su cui vd. *infra* nt. 6.

⁵ In questo senso vd. A. PERNICE, *Parerga* 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9, 1888, 254 s. («die *a. in f.* verneint das Dasein eines klagbaren Vertrages»); ID., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abtheilung*, Halle 1892, 282 («[...] ist damit auch die volle Vertragsnatur des Verhältnisses verneint»); BETTI, *Sul valore* cit., 39; ID., *Istituzioni di diritto romano. Volume secondo. Parte prima*, Padova 1960, 82, 322 nt. 6; BONFANTE, *Istituzioni*,⁵ cit., 469 nt. 1; così anche S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1911, 392 s.; tra gli autori più recenti si segnalano G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in ANRW II 14, Berlin-New York 1982, 497; A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988, 141; per una relazione tra la concessione dell'*a. in factum* e la mancata configurazione a monte di un contratto vd. anche R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014, 40; GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425 ss. In senso contrario P. VOICI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 233, 283.

⁶ Per la materia dei contratti innominati vd. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano II*, Torino 1995, 194, 203; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca* 7, Napoli 2001, 276; J.B. MERCADO, *Contractuum quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*, in P. RESINA SOLA (a cura di), *Fundamenta iuris. Terminologia, principios e interpretatio*, Almeria 2012, 250 s.; un'apertura in proposito («non sappiamo se calcolato nella misura dell'interesse positivo o negativo») sembra cogliersi anche in GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 431 s., per quanto alla fine l'autore abbraccia, come si è detto, la tesi tradizionale che vuole l'azione impiegata ai fini del perseguimento del solo interesse negativo («Che [...] questa procurare un risarcimento del danno determinato sulla base dell'interesse negativo, non è affatto da escludere ed è anzi stato da me congetturato in precedenza»). In un'ottica più generale P. VOICI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1938, passim; con riferimento alle *actiones depositi* e *commodati in factum* vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Fünfter Band*, Berlin 1841, 87 s.; per l'*a. depositi in factum* vd. PH. E. HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in ZGR 13, 1846, 276 s. nt. 40; G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in RISG 45, 1908, 27; R. EVANS-JONES, *The Measure of Damages in the actio depositi in factum*, in TR 55, 1987, 267 ss.

⁷ In proposito vd. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. II § 5.

re del tutto sorpresi, se solo si riflette sulla funzione residuale che l'azione pretoria sembra talvolta assumere rispetto alla *condictio*, al punto da aver indotto un discreto numero di studiosi a considerarla un suo «surrogato».⁸ Di qui anche la qualifica di azione pretoria *condicticia* che le è stata attribuita in dottrina,⁹ in una prospettiva che va ben al di là della più ristretta questione della tutela dei contratti innominati. Due sono in particolare le testimonianze in cui si registra con maggiore evidenza un tale avvicinamento. Si tratta di Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 e Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10, brani che peraltro sono stati in diversa misura legati al tema dei *nova negotia*: soprattutto il secondo, per il quale ha certo pesato la collocazione all'interno del titolo del digesto 19.5 'de praescriptis verbis et in factum actionibus'. Anche per questa ragione è il caso di andare a leggere entrambi i frammenti provando innanzi tutto a ricostruire le vicende esaminate al loro interno, in modo da valutare se possa qui prospettarsi un impiego in funzione ripetitiva dell'azione pretoria e quali implicazioni possano eventualmente trarsi per ciò che concerne il tema della tutela delle vicende contrattuali atipiche.

2. Conviene prendere le mosse, partendo dal brano di Giuliano.

D. 39.6.18.1 (Iul. 60 *dig.*) *Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. Quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, conductione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.*

Sono qui prese in esame due ipotesi di delegazione. Nella prima, il donante delega un proprio debitore affinché questi assuma su di sé un debito del donatario, impegnandosi a tal fine col creditore di questi mediante *stipulatio*.¹⁰ Nella seconda, il debitore-delegato do-

⁸ In questi termini ad es. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 2 s. nt.; 235, 238 s., 245; così in qualche modo pure E. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (damnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915, 86 nt., su cui vd. *infra* nt. 119; sulla funzione integrativa del sistema delle *condictiones* vd. anche G. BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, 119; H. SIBER, *Retentio propter res donatas*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, III, Palermo 1936, 252 ss.; J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis*, in *Tulane Law Review* 19, 1944-45, 68; sempre nell'ottica di un impiego sussidiario rispetto alla *condictio* G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi parmensi* 1, Milano 1950, ora in R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano*. II, Milano 1977, 753; in termini ancora più netti A.F. BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 39 s., il quale, proprio in tema di tutela delle convenzioni atipiche e perlomeno nell'ambito dell'indirizzo sabiniano, prospetta un ricorso alternativo alle due azioni (42: «Sabino y Casio, que propugnan una solución técnico-procesal diferente [...] la concesión de una *actio in factum*, en elección alternativa con el régimen civil de la *condictio recuperatoria*»).

⁹ Così in particolare («Die „kondiktizische“ actio in factum des Prätors») U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 150 s., che dedicava un apposito paragrafo del proprio studio a tali ipotesi applicative (§ 8), con una terminologia ripresa da BESELER, *Juristische Miniaturen* cit., 119, e per la quale uno spunto ancor più risalente si rinviene in effetti già in B. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein civilistischer Versuch*, Berlin 1864, 113, che, proprio con riferimento all'*a. in factum* adoperata in Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 (uno dei due brani che saranno qui analizzati), adoperava l'espressione «conditionsähnliche Klage».

¹⁰ Così almeno a giudicare da Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 39.6.31.3, su cui vd. *infra* nel testo; in questo

vrà invece impegnarsi direttamente (sempre mediante *stipulatio*) nei confronti del donatario delegatario. Nel primo caso, l'importo della donazione corrisponderà all'ammontare del debito di cui il donatario sarà stato liberato dal proprio creditore (*capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero*). Nel secondo, invece, si dovrà prendere in considerazione quanto effettivamente ottenuto dal debitore delegato (*eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit*).¹¹

Ebbene, relativamente alla seconda fattispecie, sembrerebbe che, in caso di sopravvivenza del donante, al fine di *recipere obligationem* Giuliano ammettesse, accanto allo strumento della *condictio*, l'esercizio di un'*actio in factum* ('*condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet*').¹² La soluzione ha destato diversi sospetti in dottrina. Anche a voler prescindere da posizioni più radicali che hanno suggerito di sopprimere il riferimento ad entrambe le azioni,¹³ gli studiosi si sono per lo più interrogati sull'utilità di ricorrere a un apposito programma di giudizio (*a. in factum*) in un contesto per il quale non sembrerebbero evidenziarsi (si è detto) particolari profili problematici circa l'impiego dell'azione civile di ripetizione¹⁴ e in cui peraltro l'attenzione del giurista sembrerebbe

senso vd. G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, 76 s.; M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino 2011, 70 ss. Sembrano piuttosto orientarsi per una *delegatio solvendi* DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 163: «Tizio [...] delega il suo debitore Mevio a pagare a un creditore di Caio [...]»; M. KASER, Rec. a M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, in ZSS 71, 1954, 454 («Hat die Delegation dazu geführt, daß der Beschenkte durch eine Leistung an seinen Gläubiger befreit worden ist, geht die condictio [...]»); mantiene una posizione generica al riguardo U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965, 131 («il donante delega un suo debitore a soddisfare le ragioni di un creditore del donatario»); non tiene distinte le due ipotesi, oscillando peraltro tra *delegatio solvendi* e *promittendi* («anwies [...] dem Gläubiger D des B zu zahlen [...] Er hat auf iussus des A wirksam promittiert») VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio* cit., 151.

¹¹ In questo senso vd. già PERNICE, *Labeo* 3.1. cit., 282 nt. 2; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953, 196; SACCONI, *Ricerche* cit., 76; GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit., 72; E. DOVERE, *Una 'sfida' sistematica: la morte come occasione di acquisto*, in RDR 11, 2011, 3 nt. 22; C. TORT-MARTORELL, *Donationes mortis causa mediante cesión de crédito en Juliano (D. 39,6,18,1) y una lex gemina de Gayo (D. 39,6,31,3)*, in RGDR 16, 2011, 8; vi vede diversamente un riferimento alla solvibilità più che al pagamento effettivo J.J. ALONSO, *Estudios sobre la delegación. I. La doble atribución patrimonial (Primera y segunda parte)*, Santiago de Compostela 2001-2002, 327 ss., il quale invoca in proposito il modo di esprimersi del giurista («si la numeratio efectiva fuese necesaria, Juliano no se habría referido a la solvencia – *quatenus debitor solvendo fuerit* – sino a lo efectivamente pagado – *quatenus debito solverit* –»). Sulla soluzione qui adottata e sulla sua compatibilità rispetto al principio generale tendente ad equiparare la *stipulatio* tra delegato e delegatario all'effettiva prestazione vd. già SALPIUS, *Novation* cit., 114; TALAMANCA, v. *'Delegazione (dir. rom.)'*, in Enc. dir. 11, Milano 1962, 924 e ivi nt. 51; SACCONI, *Ricerche* cit., 77 e ivi nt. 63; ALONSO, *Estudios* cit., 355 s.; ulteriori indicazioni in GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit., 72 s. nt. 97.

¹² Circostanza che il giurista adduce a sostegno (*nam si*) dell'affermazione immediatamente precedente '*Quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit*'. In proposito vd. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 196, il quale appunto osserva che «qualora il donante scampasse alla malattia, recupererebbe soltanto l'obbligazione e si troverebbe a dipendere dalla maggiore o minore solvibilità del debitore»; negli stessi termini GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit., 72 s.

¹³ In proposito vd. *infra* ntt. 15, 27.

¹⁴ Proprio per tale ragione manifesta dubbi sul fatto che «l'alternativa risalga a Giuliano» GALLO, *Synallagma* 2 cit., 187 nt. 19: «Giuliano [...] non ripiegava su un'*actio in factum* se risultava applicabile in via diretta e utile la *condictio*»; sospetti sull'*a. in factum* si trovano già in P. BENIGNI, *La condictio incerti*,

rivolta a precisare la misura, più che le modalità, del *recipere*.¹⁵ Circostanze, queste, che hanno indotto taluni autori a ipotizzare un rabberciamento del brano rispetto a una versione originaria, in cui si sarebbe dato compiutamente conto di un processo evolutivo sul piano della tutela, che avrebbe avuto come esito il ricorso diretto alla *condictio* rispetto a un iniziale impiego (sempre comunque con le medesime finalità) dell'*actio in factum*.¹⁶

Non sono naturalmente mancate prese di posizione di segno diametralmente opposto, che hanno avanzato piuttosto riserve sull'impiego della *condictio*, ritenuto incompatibile col tipo di prestazione per il quale si sarebbe agito in ripetizione.¹⁷ L'ipotesi nella sua formulazione non si può certo accogliere. Difficilmente si può infatti credere che ad ampliare il quadro di tutele attraverso il ricorso alla *condictio* possano essere stati i compilatori,¹⁸ anche ad ammettere che essi pensassero a un utilizzo della *condictio incerti*.¹⁹

in AG 75, 1905, 334 nt. 1; P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia 1915, 142 s., per il quale dietro l'azione si nasconderebbe la giustiniana *a.p.v.*, nell'ottica di un'acquisita inclusione della *datio ob rem* nell'area del contratto (innominato); DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (*Studi 2*) cit., 752 s., a detta del quale il riferimento all'*actio in factum* non terrebbe conto del carattere sussidiario di tale azione rispetto ai rimedi di *ius civile* ed in particolar modo rispetto alla *condictio*, secondo quanto dovrebbe desumersi da Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1 («La coesistenza dei due rimedi è possibile solo nel diritto giustiniano»); ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 130 s. e ivi nt. 251, il quale d'altra parte riconosce come non sia facile determinare l'utilità del ricorso all'*a. in factum* neppure per il diritto giustiniano; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli 1969, 38. Diversamente non sembra più recentemente avanzare rilievi P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, 224 s.; si limita a registrare le diverse posizioni emerse in dottrina GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit., 76 s. Per la genuinità del riferimento all'azione pretoria vd. gli autori indicati *infra*, (soprattutto) alle ntt. 24 e 28.

¹⁵ Considerazione che, come si è appena accennato, ha indotto parte della dottrina a sopprimere l'intero passaggio '*condictio aut in factum actione*': in questo senso, com'è noto, già PERNICE, *Labeo* 3.1. cit., 282 s. nt. 4 («Die Worte sind hier völlig überflüssig; denn nur was wiedererlangt werden kann, nicht wie es geschieht, ist hier bedeutsam»); adesivamente («esse sono perfettamente superflue, poiché [...] il problema qui è intorno a ciò che potrà *recipere* non intorno al modo») DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 163 s.; AMELOTI, *La donatio mortis causa* cit., 197 («la menzione delle due azioni si presenta inutile»); DI PAOLA, *Donatio mortis causa* cit., 38 s.; ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 131. In proposito vd. pure *infra* nt. 27.

¹⁶ Così, con cautela, DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (*Studi 2*) cit., 752 s., che non dubita in ogni caso dell'impiego c.d. indiretto dell'azione di ripetizione («può darsi [...] nella sua redazione attuale riassuma gli accenni ad uno svolgimento storico per cui dall'impiego dell'*actio in factum* si è passati all'impiego indiretto della *condictio*»).

¹⁷ In questi termini BESELER, *Juristische Miniaturen* cit., 119 s., che espunge le parole *condictio aut*; così («Das ist mit der *condictio* nicht möglich, da sie nur auf certa res oder certa pecunia geht») anche VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio* cit., 151, il quale adduceva il brano di Giuliano proprio a testimonianza della funzione integrativa svolta dall'*a. in factum* rispetto al sistema delle *condictiones*: «Deshalb läßt Julian eine prätorische „*condictio*“ (*actio in factum*) zu, die auch als utilis *actio* bezeichnet wird, weil sie in einer äußeren Neugestaltung mittels formula in factum concepta das Anwendungsgebiet der zivilen *condictio* erweitert»).

¹⁸ In difesa della *condictio* vd. già BONFANTE, *Lucri a causa di morte* cit., 129 s.

¹⁹ In relazione alla possibilità che, a differenza di Giuliano (e Gaio), i compilatori pensassero a una *condictio incerti* vd. H.H. PFLÜGER, *Über die condictio incerti*, in ZSS 18, 1897, 93 («Im Sinne Justinians eine auf Rückübertragung der durch Delegation überwiesenen Forderung gerichtete *condictio incerti*; im Sinne Julians und Gaius ein Fall der *condictio certae pecuniae*, auf Grund des Satzes *solvit qui reum delegat*»); così anche P. SIMONIUS, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basle 1958, 263 e ivi nt. 22, che, da altro punto di vista, trae da ciò argomenti contro l'ipotesi che ad aggiungere il

Eppure da altro punto di vista l'ipotesi merita attenzione, in quanto deve invitare a meglio riflettere sulla specificità della vicenda. Bisogna infatti considerare che la fattispecie alla quale Giuliano si stava in concreto riferendo presentava una complessità tale che poteva certo far sorgere qualche legittimo interrogativo sul ricorso alla *condictio*. Si consideri appunto che occorre qui neutralizzare gli effetti della *stipulatio* prestata al donatario (B) dal debitore (C) del donante (A), in modo che quest'ultimo (A) potesse tornare a far valere il credito che egli vantava inizialmente nei confronti del proprio debitore (C), prima che questi si impegnasse (su sua delega) nei confronti del donatario (B). Per il raggiungimento di un tale obiettivo si sarebbe in sostanza resa necessaria una *delegatio*, da parte del donatario, uguale e contraria a quella da cui aveva preso origine il caso,²⁰ non essendovi d'altra parte elementi per supporre che la *stipulatio* tra delegato e donatario fosse stata conclusa sotto la condizione sospensiva o risolutiva della morte del donante e che dunque l'azione fosse intentata contro il debitore delegato (che non avesse ancora adempiuto).²¹ Così come deve escludersi che la questione affrontata da Giuliano fosse quella di stabilire come agire per il recupero di quanto fosse stato prestato al donatario delegatario dal debitore delegato in adempimento della *stipulatio*.²²

riferimento all'*a. in factum* potessero essere stati i commissari di Giustiniano, i quali non avrebbero avuto motivo di duplicare le forme di tutela a fronte di un quadro regolativo che ammetteva senza esitazioni il ricorso alla *condictio incerti* («Bei der bekannten Vorliebe der Kompilatoren für die *Condictio* [...] kann man sich in der Tat schwer vorstellen, daß diese in einem Falle, dem die *Condictio incerti* völlig gerecht wurde, von sich aus eine die *Condictio* einfach verdoppelnde *Actio* eingeführt haben»), prendendo semmai e al più in considerazione l'ipotesi di un'origine postclassica.

²⁰ In questo senso vd. già SALPIUS, *Novation* cit., 113; PFLÜGER, *Über die condictio incerti* cit., 93; in particolare J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar 1907, 109: «Wie wurde nun das praktisch realisiert, daß A vermittelt einer Klage gegen B eine (des A) Forderung gegen C erhielt? Man half sich wohl mit Stipulationen. Mit der *condictio* verlangt A von B, daß B den C als Schuldner dem A delegiere»; così per certi versi anche SACCONI, *Ricerche* cit., 79, su cui vd. *infra* nt. 28; da ultimo ALONSO, *Estudios* cit., 352 s.

²¹ In quest'ordine di idee e nel senso di una risoluzione di diritto vd. BENIGNI, *La condictio incerti* cit., 333 s. e ivi nt. 1; pensava piuttosto a una condizione sospensiva F. BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, in AUPA 13, 1927, 371 s. («mortis causa et delegatio et stipulatio et expromissio non pure sed sub conditione contractae sunt, ideoque non impleta conditione pristina obligatio manet»); negli stessi termini, non senza però ondeggiamenti («io penso che il delegato promettesse di pagare al donatario sotto la condizione sospensiva della morte del donante. Mancando la condizione, veniva a cadere la *stipulatio* e si ristabiliva il precedente rapporto creditizio tra donante e delegato»), AMELOTI, *La donatio mortis causa* cit., 199; più recentemente A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in Lura 36, 1985, 35 s., che pensa anch'egli a un «recupero dell'*obligatio* da parte del creditore delegante nei confronti del debitore delegato per essere rimasta senza effetto la promessa effettuata da quest'ultimo, a causa della sopravvivenza del donante»: in proposito vd. *infra* nt. 27. In senso contrario vd. già G. SACCONI, *Ricerche* cit., 78 nt. 67; più recentemente ALONSO, *Estudios* cit., 350 nt. 3. Si deve d'altra parte osservare che, posta la vicenda in questi termini, il creditore delegante avrebbe agito nei confronti del debitore delegato con la stessa azione scaturente dal 'rapporto di provvista', in via (dunque) di adempimento dell'obbligazione e non certo per il suo 'recupero', come invece si afferma per il caso preso qui in considerazione da Giuliano ('*debitoris obligationem* [...] *reciperet*').

²² In questo senso già AMELOTI, *La donatio mortis causa* cit., 199, il quale giustamente osserva come una tale eventualità non sia compatibile col modo di esprimersi del giurista '*debitoris obligationem dumtaxat reciperet*', tenuto conto che in questo caso «il donante recupererebbe la somma pagata dal delegato [...] e non l'obbligazione primitiva». In favore di un impiego qui della *condictio* ai fini del recupero di quanto pagato dal debitore delegato vd. tuttavia TORT-MARTORELL, *Donationes mortis causa* cit., 14 s., su

Di fronte a una fattispecie così particolare, non è affatto inverosimile ritenere che Giuliano possa essersi interrogato sull'adeguatezza della *condictio (certi)* ad assolvere (seppur indirettamente) tale funzione²³ e che nel farlo abbia valutato la possibilità di un meno problematico impiego dell'*a. in factum*,²⁴ egualmente indirizzato a una ripetizione dell'*obligatio*.²⁵ Di qui l'alternativa tra le due azioni quale oggi si legge nella riassuntiva versione compilatoria, che forse troppo sbrigativamente è stata considerata integralmente bizantina,

cui vd. *infra*, alla fine di nt. 28.

²³ Per la tesi positiva e dunque per l'applicabilità qui della *condictio* vd. PFLÜGER, *Über die condictio incerti* cit., 93 s., per il quale la *condictio* avrebbe potuto condurre allo stesso risultato sostanziale di una *condictio incerti*, in virtù del principio *omnia iudicia absolutoria esse*, che avrebbe consentito al giudice di mandare assolto il donatario convenuto, nel caso in cui quest'ultimo avesse fatto *delegatio* del proprio credito al donante: «Denn wenn der Beklagte bereit ist, die ihm delegirte Forderung zurück zu delegiren, wodurch ja der Kläger genau das wiederbekommt, was er hergegeben hat (obligationem recipit), so liegt es auch hier wiederum im officium iudicis, ihn als einen, der actori satis fecit, nach dem Satze omnia iudicia absolutoria sunt, freizusprechen»; analogamente BETTI, *Sul valore* cit., 83 s., per il quale appunto, si sarebbe potuto far valere la pretesa «solo per via indiretta con la minaccia di agire»; negli stessi termini, come si è accennato (*supra* nt. 16), DONATUTI, *Le causae delle conductiones (Studi 2)* cit., 753; più recentemente ALONSO, *Estudios* cit., 352 s. e ivi nt. 15, 360, 376 s., per il quale l'importo della *certa pecunia* da indicare nel programma di giudizio avrebbe dovuto corrispondere alla solvibilità del debitore al momento del compimento della *stipulatio*, con una quantificazione che avrebbe potuto essere demandata all'apprezzamento del pretore in sede di *causae cognitio* («antes de referir el dare oportere de la intentio a una certa pecunia»), in modo da scongiurare il rischio di *pluris petitio*.

²⁴ Non sembra avere significativi dubbi sull'utilizzabilità di entrambe le azioni, e soprattutto dell'*a. in factum*, KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio* cit., 110, il quale, a quest'ultimo proposito, fa anzi notare come l'azione pretoria costituisse lo strumento ordinariamente impiegato per la restituzione di un'obbligazione estinta («Die gewöhnliche Klage zwecks Restitution einer erloschenen Obligation war wohl die actio in factum, mitunter auch actio utilis»), come sarebbe provato da Ulp. 6 *disp.* D. 42.8.14 e Ulp. 21 *ad ed.* D. 39.6.30, ove la stessa azione sarebbe definita *utilis (Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia conductionem vel utilem actionem habet)*: in senso contrario DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2* cit., 165 s., il quale si pronuncia peraltro per l'origine compilatoria di Ulp. 6 *disp.* D. 42.8.14. Per la genuinità KASER, Rec. a AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 454, il quale vede anzi nella decisione di Giuliano di accordare l'*a. in factum* una sorta di anticipazione della *condictio incerti* («Hier könnte aber Julian bereits die actio in factum gewährt haben, in der man den klassischen Vorläufer der condictio incerti zu suchen haben wird»): maggiore cautela («wenn echt») si trova però in ID., *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht.*² München 1971, 599 nt. 65, ove peraltro si pensa ormai (e diversamente) a un'applicazione della *condictio incerti*; un'apertura in favore dell'azione pretoria può registrarsi («Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Klassiker in unserem Falle di Condictio durch eine in diesem Sinne gestaltete Actio in factum ersetzt») pure in SIMONIUS, *Die donatio mortis causa* cit., 263, anche ad ammettere (come si è visto: *supra* nt. 19) che il riferimento all'azione possa costituire un glossema postclassico, secondo quanto già peraltro congetturato da M. KASER, Rec. a S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, in Iura 2, 1951, 246. Sempre per la genuinità vd. gli autori citati *infra* in nt. 28.

²⁵ Tende a distinguere sotto questo aspetto le due azioni, con un punto di vista che pare però accentuare il profilo del *petitum* sostanziale, KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio* cit., 110: «Die juristischen Ziele der actio in factum und der condictio sind somit verschieden, und daher möchten wir von der Konkurrenz beider Klagen nicht sprechen. Die actio in factum geht auf Restitution der erloschenen Obligation, die condictio geht auf Begründung einer neuen Obligation, welche der erloschenen Obligation gleichwertig ist. Die actio in factum ist wahre Restitutionsklage, die condictio ist Bereicherungsklage, welche auf Begründung einer Obligation geht, weil dadurch der Beklagte bereichert worden ist».

con un'ipotesi a favore della quale non può certo invocarsi la *gemina lex* di Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 39.6.31.3,²⁶ sulla quale si è non poco speculato.²⁷ Né può escludersi l'eventualità variamente prospettata in dottrina di una diversificazione degli ambiti applicativi delle due azioni, nell'ottica, pur sempre, di un loro impiego in funzione ripetitiva,²⁸ per quanto si

²⁶ Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 39.6.31.3 *Si iusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. et ait Iulianus, si ego stipulatus fuerim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet. si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem.*

²⁷ Così, come si è detto (*supra* nt. 15), PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 282 s. nt. 4, il quale, anche alla luce del silenzio di Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 39.6.31.3 sul tipo di azione da applicare ('*nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet*'), muoveva rilievi sull'intero tratto '*condictione aut in factum actione*', con una soluzione che appare davvero eccessiva e che al più può rivestire valore formale, nel senso che si può congetturare, come è stato fatto, che in quell'occasione il giurista non si fosse preoccupato di segnalare la via processuale da seguire, ma che certo non prova che non fossero quelli indicati i rimedi che avrebbero dovuto trovare applicazione. È bene del resto osservare che, almeno per la *condictio*, i rilievi dello studioso tedesco erano da mettere in relazione al fatto che ad essere qui presa in considerazione sarebbe stata un'applicazione della *condictio incerti*, non avendo d'altra parte egli dubbi sull'applicazione della *condictio* da parte di Giuliano in casi simili: al riguardo (e anche con riferimento all'*a. in factum*) vd. *infra* in nt. 34; un'adesione al punto di vista di Pernice può trovarsi in DEVILLA, *Actio incerti* cit., 91 s.; DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 163 s., per quanto in definitiva le critiche sostanziali dell'autore ricadessero solo sulla concessione dell'*actio in factum* («qui non esiste nessun contratto di tipo analogo»), essendo comunque attestato il ricorso alla *condictio* da parte di Giuliano in casi simili (D. 24.1.4, D. 39.6.37.1). Ad insospettire lo studioso italiano era anche l'assenza di una più opportuna evidenziazione delle ragioni che avrebbero dovuto orientare verso due modelli processuali implicanti «due costruzioni dogmatiche affatto diverse»; per l'assenza di entrambe le azioni nel testo originario giuliano anche BOSSOWSKI, *De condictione ex causa furtiva* cit., 371 s., essendo, a detta dell'autore, ambedue i rimedi superflui per il modo in cui sarebbe stata congegnata la *stipulatio* tra debitore delegato e donatario (*sub condicione*: in proposito vd. *supra* nt. 21); con gli stessi argomenti e conclusioni di de Francisci (per ciò che riguarda la genuinità sostanziale del riferimento alla *condictio*), anche AMELOTI, *La donatio mortis causa* cit., 144, 196 s.; nonché DI PAOLA, *Donatio mortis causa* cit., 38 s., che reputa «decisivo» il passo di Gaio per ritenere interpolata la frase '*condictione aut in factum actione*'; ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 131 s. Più recentemente attribuisce ai commissari l'aggiunta della frase *condicione aut in factum actione* anche BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 35 s., il quale, rifacendosi a un'ipotesi già formulata da Voci (P. VOICI, *Diritto ereditario romano* 2, Milano 1963, 456 nt. 65), è dell'idea che i compilatori «ritenendo [...] che convenuto fosse il donatario (cfr. Bas. 47.3.18 sc. 2), abbiano inteso, con l'aggiunta *condicione aut in factum actione*, far riferimento, in alternativa alla *condictio*, alla *rei vindicatio utilis* di cui in D. 39.6.29 e 30», quando invece Giuliano, come si è detto (*supra* nt. 21), avrebbe piuttosto pensato a un «recupero della *obligatio* [...] nei confronti del debitore delegato». Per una svalutazione dell'argomento *e silentio* di Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 39.6.31.3 vd. già KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio* cit., 110; SACCONI, *Ricerche* cit., 79 s.; ALONSO, *Estudios* cit., 349 s. nt. 1. Sul brano gaiano vd. anche GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit., 74 ss.

²⁸ Così PFLÜGER, *Über die condictio incerti* cit., 93, per il quale il ricorso all'*a. in factum* avrebbe riguardato un caso di *delegatio* relativa a prestazioni che non avessero ad oggetto *certa pecunia* («Im klassischen Recht dagegen war eine actio in factum wohl für den Fall nicht zu entnehmen, wo die delegirte Forderung nicht auf certa pecunia lautete»); sempre per una distinzione dell'ambito applicativo delle due azioni SACCONI, *Ricerche* cit., 79: la *condictio certi*, come strumento di coazione indiretta, nel caso in cui «la revoca della donazione avvenisse prima del pagamento del debitore delegato al donatario delegatario»; l'*actio in factum* per l'eventualità che «il donante richiedesse la donazione dopo il pagamento del debitore» avendo «ad oggetto la somma effettivamente riscossa dal donatario delegatario», con una proposta che non è però compatibile con l'attuale stesura del brano, in cui le due azioni, come si è detto, sono del tutto

tratti di congettura, a nostro modo di vedere, complessivamente meno convincente e che perlomeno in talune sue concrete declinazioni presupporrebbe interventi modificativi del testo che, guardando agli effetti concreti, sembrano andare ben oltre la mera sunteggiatura.

A conclusioni sostanzialmente non differenti si giungerebbe pure nell'eventualità che si dovesse diversamente pensare a un ricorso da parte di Giuliano alla *condictio incerti* c.d. *obligationis*, tenuto conto che ci troveremmo comunque di fronte a un impiego particolarissimo e che certo si discosterebbe, per lo meno sul piano del *petitum* sostanziale, dalle più usuali applicazioni che le fonti²⁹ sembrerebbero attestare della stessa azione come *condictio incerti* c.d. *liberationis*.³⁰ Si tratta tuttavia di ipotesi che, al di là dei dubbi che possono

equiparate sul piano della funzione, essendo entrambe dirette a *recipere obligationem*; una critica al punto di vista di Sacconi può trovarsi, con validi argomenti, in ALONSO, *Estudios* cit., 353 s. e ivi ntt. 20 e 21, 360 s., il quale da parte sua mostra di aderire alle conclusioni di Pflüger, ritenendo anch'egli che il ricorso all'*a. in factum* fosse previsto per l'ipotesi di credito non avente ad oggetto *certa pecunia*, o per meglio dire in cui la *pecunia* non fosse certa nell'ammontare – il che sarebbe potuto avvenire nel caso in cui la «previa obligación del delegado era *incerta* y la *stipulatio* se formuló como novatoria»: sul possibile carattere novatorio della *stipulatio* effettuata in attuazione del *iussum* vd. TALAMANCA, v. 'Delegazione (dir. rom.)' cit., 924; M.R. LÓPEZ-BARAJAS MIRA, *Sobre delegación y novación*, in *Labeo* 46, 2000, 204 ss. – o nei casi, sostanzialmente analoghi, in cui dovesse risultare estremamente problematico stabilire la solvibilità del debitore delegato, solvibilità che avrebbe costituito, a detta dell'autore (*supra* nt. 11), la misura in cui sarebbe stato chiamato a rispondere il donatario delegatario (377): ciò che conta dal nostro punto di vista sottolineare è che lo studioso non ha dubbi sull'identità funzionale delle due azioni (354 e ivi nt. 21, 360 s., 375). Per un differente ambito applicativo delle azioni, ma sempre nell'ottica di una medesima funzione («dos remedios procesales en pie de igualdad»), vd. anche TORT-MARTORELL, *Donationes mortis causa* cit., 14 s., con conclusioni che rovesciano quelle di Sacconi e che portano l'autrice a circoscrivere l'impiego dell'*a. in factum* al caso in cui il debitore non avesse ancora effettuato il pagamento in favore del donatario, dovendosi altrimenti utilizzare la *condictio* (nei limiti di quanto effettivamente ricevuto), con un'ipotesi che non è però coerente con quanto leggiamo oggi nel testo e che presuppone quantomeno un intervento, e anche maldestro, di sunteggiatura, visto che alla fine le due ipotesi avrebbero finito per sovrapporsi, come del resto ammette la studiosa: (14) «probablemente el fragmento haya sido objeto de reducción o resumen por parte de los compiladores, lo que haga más difícil su comprensión».

²⁹ Si pensi a Ulp. 43 *ad Sab. D.* 12.7.1 pr.-3 e Iul. 8 *dig. D.* 12.7.3. In proposito ci limitiamo a segnalare, con diverse conclusioni, J.C. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, 40 ss., 56 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, 526 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Padova-Verona-Padova 25-26-27 settembre 2003, Torino 2005 = L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*. II, Torino 2012, 548 ss.; ID., *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, 34 s.; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*. II.2, Torino 2017, 120 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München 2006, 26 ss.

³⁰ Basti considerare che l'azione sarebbe qui diretta a una *delegatio* anziché a una *acceptilatio*. Quanto ai presupposti dogmatici la questione è più complessa, perché non sembrerebbero sussistere in effetti significativi scostamenti, nonostante non si tratterebbe qui propriamente di un'azione di arricchimento, come nel caso invece della *condictio liberationis*: circostanza che però non avrebbe dovuto di per sé pregiudicare l'impiego dell'azione. Così ad es., con riferimento alla *condictio incerti* di Ulp. 38 *ad ed. D.* 13.1.2.2, CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 38 («anche se non si tratta di un'azione di arricchimento, ha pur sempre il carattere di una *condictio* come azione di restituzione»). Mostra di non tenere distinte le due ipotesi, finendo per considerare anche la vicenda di Iul. 60 *dig.* come del tutto riconducibile allo schema della *condictio liberationis*, in un ordine di idee che nega però la classicità dell'istituto, R. VON MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig 1900, 184.

aversi sulla classicità dell'istituto,³¹ non pare molto verosimile e che del resto non ha raccolto significative adesioni in dottrina,³² neppure tra quegli autori che si sono mostrati maggiormente propensi ad ammettere la risalenza di tali applicazioni già al diritto classico, i quali anzi, di regola, non si sono neppure occupati del brano di Giuliano qui in esame: il che non è certo senza significato.³³

Se non vi è ragione per dubitare dell'impiego dell'*a. in factum* da parte del giurista adrianeo, non sembra vi sia invece spazio per ritenere che nella concessione di tale azione si possa intravedere una qualche relazione con la tematica affrontata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: né nella prospettiva di un ricorso all'azione pretoria in senso stretto (Gai 4.46), come era stato a suo tempo cautamente ipotizzato da Pernice,³⁴ che pure aveva espresso

³¹ Per la classicità (della *condictio obligationis*), ma con un'analisi che si è concentrata in effetti sulla sola e più specifica prospettiva della *condictio incerti liberationis*, vd. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 160 ss., 190 ss.; adesivamente H. HONSELL, Rec. a J.C. WOLF, *Causa stipulationis*, in ZSS. 92, 1975, 337; I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, 48 s.; BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 26 ss. («die grundsätzliche Existenz einer *condictio incerti liberationis* [...] nicht mehr bestritten ist»); CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 34 s. Soprattutto in passato era diffusa l'opinione che si trattasse piuttosto di una di quelle applicazioni (classiche) della *condictio certae pecuniae* o *certae rei* che i maestri bizantini avrebbero fatto rientrare nell'ambito applicativo della (loro) *condictio incerti*: in questo senso vd. PFLÜGER, *Über die condictio incerti* cit., 93, per il quale, come si è visto, i giuristi classici avrebbero indirettamente ottenuto lo stesso risultato mediante il ricorso alla *condictio* (c.d. *certi*), secondo il modello del *condicere incertum in condemnatione*; come si è appena osservato (nt. prec.), MAYR, *Die condictio* (1900) cit., 183 s.; nello stesso ordine di idee BETTI, *Sul valore* cit., 83 s., il quale per l'appunto rivendica la «sottostruttura classica» dell'istituto; AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 199; M. KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1955, 500, di cui occorre però considerare le aperture che si registrano nella seconda edizione (in proposito vd. nt. seg. e *supra* nt. 24); riserve si colgono ancora in SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 527 («problematica figura»).

³² Un semplice spunto in tal senso si trova, come si è detto (*supra* nt. 24), in KASER, *Das römische Privatrecht* I² cit., 599 nt. 65; esclude diversamente un ricorso qui alla *condictio incerti* da parte di Giuliano BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 35 s.; più recentemente ritiene problematica una lettura del brano nell'ottica di una *condictio incerti obligationis*, anche per la difficoltà di spiegare a questo punto la funzione dell'*a. in factum*, ALONSO, *Estudios* cit., 350 s.; non affronta la questione, per quanto sembri tra le righe dare per presupposto che si tratti di *condictio (certi)*, GALLO, *Synallagma* 2 cit., 187 nt. 19; così del resto anche CANNATA, *Corso* II.2 cit., 114 e ivi nt. 348, se si tiene conto del contesto in cui il brano è richiamato, nell'ambito di un più generale discorso sulla *donatio mortis causa* («in questo caso la *datio* con la quale è effettuata la donazione rappresenta una *datio ob rem* nella quale l'evento previsto è la morte del donante, sicché, se questa non avvenga a seguito della situazione pericolosa considerata, il donante potrà esercitare la *condictio* di quanto dato», con rinvio in nt. a Iul 60 *dig.* D. 39.16.18.1).

³³ Il brano è appena citato in WOLF, *Causa stipulationis* cit., 162 nt. 38, e solo con riferimento alla già richiamata (*supra* nt. 17) proposta di Beseler di espungere le parole '*condictione aut*'; lo stesso deve dirsi per CANNATA, *Corso* II.2 cit., 114 nt. 348, che d'altra parte propende, come si è appena visto, per un'applicazione della *condictio certi*.

³⁴ Così («Julian gewährt dafür neben der *condictio* die *a. in factum*. Diese Klage weist auf ein vertragsähnliches Verhältnis hin: sie tritt bei den Sabinianern an Stelle der *a. in f. civilis*, namentlich bei Julian») PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 282 s. e ivi nt. 4, il quale d'altra parte evidenziava i possibili profili problematici legati a una tale ipotesi interpretativa: dall'assenza di una relazione analogica con fattispecie contrattuali tipiche («Die *a. in f.* endlich ist freilich julianisch; aber hier ist die Schwierigkeit, dass sich kein analoger klagbarer Vertrag bietet, an dem sich das neue Verhältnis angliedern liesse»), sino alla circostanza che, in casi analoghi (Iul. 17 *dig.* D. 24.1.4, Ulp. 15 *ad l. Iul. et Pap.* D. 39.6.37.1), Giuliano avrebbe concesso (soltanto) la *condictio* («In der Tat spricht Julian in ähnlichen Fällen nur von *condictio*»). Uno spunto in

forti perplessità sulla genuinità della soluzione;³⁵ né, a maggior ragione, nell'ottica di una identificazione con l'*a. praescriptis verbis*, da adoperarsi in funzione ripetitiva, secondo quanto era stato congetturato anche qui in tempi assai lontani.³⁶ Il brano non offre in verità reali appigli in un senso o nell'altro e non è un caso se si sia trattato di proposte isolate (se non addirittura isolatissime) che non hanno lasciato traccia nel successivo dibattito scientifico, neanche in quello pur amplissimo che si è aperto tra gli studiosi in materia di contratti innominati. Né d'altra parte vi è motivo di credere che nel testo originario l'alternativa dovesse piuttosto ricadere tra l'*actio in factum* e l'*actio civilis incerti* e che i compilatori si siano presi la briga di sostituire quest'ultima con la *condictio*, secondo una proposta formulata da Mayr sempre sotto la suggestione di Ulp. 4 *ad ed.* § 2.³⁷

tal senso può trovarsi ancor prima in E. GLASSON, *Étude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870, 160 ss., ove si prendono nettamente le distanze dalla proposta formulata (anche) da Savigny (vd. nt. 36) di identificare l'*a. in factum* con l'*a. in factum civilis* o *praescriptis verbis*, anche in ragione del fatto che la posizione di Giuliano in tema di contratti innominati sarebbe stata nel senso di accordare l'azione civile (*a.p.v.*) nelle sole ipotesi di *do ut des*, *do ut facias*, ripiegando in tutti gli altri casi sull'azione pretoria: così argomentando da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, per una fattispecie anche dall'autore ritenuta, una volta verificatasi l'evizione, di *facio ut des* (in proposito vd. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. II § 6; soprattutto ID., *Giuliano* 2 cit., cap. IV § 4). Inammissibile dunque l'impiego dell'azione contrattuale atipica per una vicenda, come quella della *donatio mortis causa* qui presa in esame, che, a detta dell'autore, sarebbe rientrata nello schema del *facio ut facias* (163 s.: «si l'on veut considérer comme contrat innomé la donation à cause de mort que suppose la loi 18, § 1 [...] il faut admettre aussi que ce contrat rentre dans la classe des contrats *facio ut facias*. Julien ne pouvait donc pas songer à l'action *praescriptis verbis* quand il parlait, dans ce texte, d'une *actio in factum*»).

³⁵ *Supra* ntt. 15 e 27.

³⁶ Così già A.H. VAN DER KEMP, *Dissertatio juridica inauguralis, de capite secundo Legis Aquiliae seu de locum Gaji de adstipulatoribus*, Lugduni Batavorum 1829, 72 s. («Itaque conditione causa data, causa non secuta, aut actione in factum, i. e. actione praescriptis verbis, actione ad repetendum»); negli stessi termini («Es ist hier die actio in factum civilis, oder praescriptis verbis, gemeint») F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Vierter band*, Berlin 1841, 256 e ivi nt. f («Auch ist in der That diese Klage für die Rückforderung des Geschenks anerkannt»); B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf 1850, 155; C.A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*,² Paris 1853, 282 nt. 1; A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis*, in RHD 11, 1865, 638 («L'action *praescriptis verbis* pouvait avoir pour objet la restitution d'une chose fournie et être donnée au choix avec une *condictio* tendant à la même fin [voir notamment loi 18, § 1, ff., *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6]»); come si è detto (*supra* nt. 14) BONFANTE, *Lucri a causa di morte* cit., 142 s. Sempre per l'impiego dell'*a.p.v.*, ma senza una specifica attenzione per ciò che riguarda la funzione in concreto svolta, vd. F. L. KELLER (†), *Pandekten*, Leipzig 1861, (§ 69 α *Schenkung auf den Todesfall*), 137 e ivi nt. 18. In senso contrario vd., oltre a GLASSON, *Étude* cit., 160 ss., di cui si è appena detto, F. KNIEP, *Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht*, Jena 1900, 406. Più in generale, aperture rispetto a un impiego in funzione ripetitiva dell'*a.p.v.* possono registrarsi in F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846, 581 lett. r); A. ERXLIEBEN, *Die conditiones sine causa* 2. *Die condictio causa data causa non secuta*, Leipzig 1853, 74 nt. 38 a: «die Praescriptis verbis auch auf Rückgabe des zuvor Gegebenen angestellt werden kann»; H. DARKWARDT, *Das Prekarium und die Emphyteuse*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 14, 1875, 314 s. nt. 3.

³⁷ In questo senso R. VON MAYR, *Condictio incerti (Schluß)*, in ZSS 25, 1904, 223 e ivi nt. 2: «Die Interpolation der condictio scheint jedoch für alle Fälle wahrscheinlich. Das nächstliegende scheint, an denselben Gegensatz von actio incerti (civilis) und actio in factum zu denken, der Julian auch sonst be-

3. Quanto a Giavoleno, un impiego dell'azione in funzione ripetitiva è attestato, in materia di (quasi-)usufrutto, nel notissimo e già richiamato

D. 19.5.10 (Iav. 13 *epist.*) *Partis tertiae usum fructum legavit: heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt et pecuniam, quae ex aestimatione partis tertiae fiebat, mulier accepit fruendi causa et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. Quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione. Respondi in factum actionem dari debere.*

A differenza della precedente testimonianza, non ci sono motivi per ritenere il brano non genuino: per lo meno non per quanto riguarda l'applicazione dell'*a. in factum*.³⁸ Il marito lascia alla moglie in usufrutto un terzo del proprio patrimonio.³⁹ Avviata la procedura esecutiva su iniziativa dei creditori dell'eredità,⁴⁰ alla moglie viene assegnato l'equiva-

schäftigt hat», con richiamo (in nt. 2) a Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, lasciando aperta la questione se ad ammettere l'alternativa tra le due azioni (*a. in factum* e *a.c.i.*) fosse stato Giuliano o piuttosto i compilatori («Ob Julian die eine und die andere oder nur die eine gewährt wissen wollte und erst die Kompilatoren das Wahlrecht einräumten, mag dahingestellt bleiben»). Una critica all'ipotesi di Mayr può trovarsi in KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio* cit., 110; ne prendeva le distanze anche DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 163. Si deve d'altra parte tenere presente (e lo si è già visto: *supra* nt. 31) che appena qualche anno prima lo stesso autore aveva piuttosto preso posizione per un impiego della *condictio certae pecuniae*, facendo proprie le conclusioni di Pflüger: così MAYR, *Die condictio* (1900) cit., 184 («[...] sie handelte „im Sinne Julians und Gaius“ von einer condictio certae pecuniae nach dem Satze solvit qui delegat»).

³⁸ In favore della genuinità vd. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen 1910, 38 ss.; così, nonostante il diverso orientamento attestato in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1, anche DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332 ss., con un punto di vista che verrà però successivamente abbandonato («dies diem docet») in Id., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 151, ove l'autore si dichiarerà «molto meno propenso ad accettare la genuinità della parte finale del testo»; per la classicità della soluzione S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli 1938, 88 e ivi nt. 3; («quasi del tutto immune da sospetti») R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 232 ss.; più recentemente, esclude un'interpolazione anche GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 227 nt. 140; non muove rilievi SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39. Sempre a un'*a. in factum* sembrerebbe far ricorso, com'è noto, anche Marcello in Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.4 'Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sint sub condizione legata et mihi decem usus fructus pure [...] succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione ait'. Dubbi sulla decisione di Giavoleno («se genuina») si trovano invece in G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR 43, 1935, 279; per l'origine compilatoria F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el derecho romano clásico*, in AHDE 45, 1975, 9 nt. 3, ove si pensa a un originario riferimento alla *rei vindicatio utilis*; tra le righe, la possibilità di un rimaneggiamento è preso in considerazione anche da B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953 274 s., insospettito dal fatto che le due opposte dottrine di Iav. 13 *epist.* e Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1 (su cui vd. *infra* in questo stesso §) sembrano ignorarsi reciprocamente («la cosa è tanto più singolare in quanto Ulpiano dice che la opinione di Sabino e di Celso non è *inarguta*; questo apprezzamento sarebbe stato poco spiegabile se fosse esistita l'*actio in factum*»).

³⁹ Nel rispetto dei limiti posti dalla *lex Papia et Poppaea* (Tit. Ulp. 15.3).

⁴⁰ In questi termini A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform nach römischem Recht dargestellt. Erster Theil*, Braunschweig 1863, 464; C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866, 329; DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002 112 («nach dem Eintritt des Erbfalls veräußern die Gläubiger des Erben dessen Vermögen»). Pensano piuttosto ai creditori del defunto SANTORO, *Studi* cit., 233; W. SELB, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1984, 754; così già J. CUJA-

lente in denaro (*pecuniam, quae ex aestimatione partis tertiae fiebat*), sempre a titolo di usufrutto (*mulier accepit fruendi causa*).⁴¹ Più ancora che per semplice trascuratezza, per vera e propria ignoranza (*per ignorantiam*),⁴² non viene fatta prestare alla moglie la promessa di restituire la somma ricevuta (*stipulatio praetermissa*). Alla morte della donna si pone la questione se accordare un'azione in via di ripetizione (*an [...] repeti possit*) contro l'erede della moglie ed eventualmente quale (*et qua actione*).

La decisione del giurista è nel senso di ammettere il ricorso a un'actio in factum. Nel silenzio del brano non è possibile stabilire con precisione il motivo per cui non sia stato preso in considerazione il ricorso alla *condictio*, il cui impiego era invece ammesso in analoghe circostanze⁴³ da un nutrito numero di giuristi, in base a un indirizzo che parrebbe risalire a Sabino, certamente seguito da Celso (*et Celsus [...] probat*) e al quale sembrerebbe aver prestato la propria adesione (*'mibi non inarguta videtur'*) anche Ulpiano,⁴⁴ secondo le

CIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomo XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus septimus*, Prati 1839, (*Ad L. X*) 1354.

⁴¹ Nel senso di una conversione in quasi usufrutto ACCARIAS, *Théorie* cit., 330 («se trouve convertie en un quasi-usufruit»); negli stessi termini («È evidente che [...] veniva a convertirsi in quasi usufrutto») DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; così anche BIONDI, *Contratto* cit., 274; SANTORO, *Studi* cit., 233. Esclude diversamente un fenomeno conversivo dell'usufrutto in quasi usufrutto GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234, a detta del quale l'espressione '*partis tertiae usum fructum legavit*' non andrebbe intesa nel senso di una costituzione dell'usufrutto da parte del testatore mediante legato *per vindicationem*. Piuttosto quest'ultimo avrebbe semplicemente stabilito che la donna dovesse ricevere in usufrutto un terzo del patrimonio, con una disposizione che avrebbe avuto effetti solo obbligatori (legato *per damnationem*), come dovrebbe ricavarsi a detta dell'autore da Pomp. 5 *ad Sab.* 30.26.2 (*debeatur*: 234 e ivi nt. 163): sulla questione e sul brano di Pomponio vd. *infra* nel testo. È appena il caso di osservare che ci troviamo in presenza di una vicenda che sfugge comunque a un inquadramento all'interno dell'istituto della conversione in senso stretto, non trovandoci qui di fronte a un'ipotesi di conservazione o recupero di un negozio giuridico nullo: non c'è pertanto da stupirsi se il brano non venga preso in esame nell'ampio studio di V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1962. Sulla conversione del negozio giuridico vd., con riferimenti alla principale letteratura, G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, cap. IV § 4.

⁴² Sospetti in G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 6, in *ZSS* 66, 1948, 318; per la genuinità vd. invece ACCARIAS, *Théorie* cit., 331 nt. 2, a detta del quale attraverso l'inciso in questione il giurista avrebbe inteso evidenziare come la mancata prestazione della *stipulatio* non fosse stata sorretta dall'intenzione di arricchire la moglie beneficiaria del legato: circostanza questa che avrebbe escluso alla radice la possibilità di agire per la ripetizione della somma di denaro data a titolo di usufrutto; tra gli autori recenti SANTORO, *Studi* cit., 233, che anzi prova a valorizzare tale circostanza sul piano della costituzione del quasi usufrutto (al riguardo vd. *infra* nt. 50); ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 230.

⁴³ Così in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1: nel senso di una identità sostanziale, con l'unica differenza che in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1 «già originariamente l'usufrutto è di una somma di denaro», vd. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 334.

⁴⁴ Così ACCARIAS, *Théorie* cit., 331; DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 334; diversamente SANTORO, *Studi* cit., 228, il quale, nonostante «il giudizio favorevole che Ulpiano dà dell'opinione dei suoi predecessori», è dell'avviso che il giurista severiano «seguendo l'orientamento della giurisprudenza più recente [...] avrebbe preferito concedere, nella fattispecie di D. 7.5.5.1, la *vindicatio*, riservando l'esercizio della *condictio* ai casi di *commixtio* e di *consumptio nummorum*», invocando a tal proposito Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.9.12, ma senza che in effetti il brano deponga nel senso inteso dallo studioso; dubbi su una piena corrispondenza del punto di vista ulpiano, per lo meno per quanto riguarda il profilo logico-argomentativo sottostante alla concreta soluzione adottata, si trovano anche in SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 190.

informazioni da lui stesso forniteci in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1.

D. 7.5.5.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*) *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.*

Si tratta di un brano ben noto alla critica,⁴⁵ per via della sospetta digressione sulla *condictio cautionis*,⁴⁶ ma certo indiscutibilmente genuino nel tratto conclusivo che qui più interessa, per lo meno nella parte in cui si prospetta l'impiego dell'azione di ripetizione. Significative divergenze rimangono semmai in relazione a modi e tempi di esercizio dell'azione: essendo in particolare incerto se si potesse agire immediatamente⁴⁷ o se occorresse invece attendere l'estinzione dell'usufrutto, come il brano lascerebbe in effetti intendere (*finito usu fructu*).⁴⁸ Interrogativo, questo, che certo si lega al tema della funzione costitutiva che sembrerebbe essere assolta dalla *cautio ex senatus consulto* (I. 2.4.2⁴⁹ *'ut tamen eo nomine*

⁴⁵ In proposito vd. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332 ss., ove riferimenti alla letteratura precedente; BIONDI, *Contratto* cit., 275; SANTORO, *Studi* cit., 191 ss.; SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 180 ss.; S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di res quae usu consumuntur*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano 2007, 506 ss.; R. LA ROSA, *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano*, Torino 2012, 46 ss.

⁴⁶ Uncinava l'intero tratto tratto *'Sed si quidem-ipsam quantitatem'* GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 27 ss., il quale, peraltro, adduceva il brano quale tipico esempio di quelle smagliature che non infrequentemente si riscontrano nella trama discorsiva dei testi giurisprudenziali e che sarebbero dovute a forzate intrusioni bizantine su temi estranei alle questioni agitate dal giurista; bizantino il riferimento alla *condictio incerti* che si legge nel brano anche secondo TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 141 s.; attribuisce un valore paradigmatico al brano dal punto di vista della critica interpolazionistica («Musterbeispiel einer interpolierten Stelle») PFLÜGER, *Über die condictio incerti* cit., 76 ss.; per l'interpolazione anche BENIGNI, *La condictio incerti* cit., 315 s.; compilatorio il riferimento alla *condictio cautionis* pure secondo DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332 ss., ove ulteriori riferimenti alla letteratura precedente; così anche GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 276 ss.; SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 88 nt. 2; SANTORO, *Studi* cit., 192 («certamente ignota ai classici»); espunge l'intero tratto centrale *'Sed si-ipsam quantitatem'* («presenta tutte le caratteristiche e la struttura di una glossa»), confermando i sospetti sulla *condictio cautionis*, SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 180 ss., ove ragguagli sulla letteratura; rilievi critici sulla *condictio cautionis* si trovano ancor più recentemente («certamente estranea al diritto classico») anche in LONGO, *Alle radici* cit., 510 s. nt. 79), la quale difende per contro la genuinità dei tratti *'vel aliarum-consistunt'* e *'vel ceterae-sunt'*; riserve anche in CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 37 («testo in cattivo stato [...] e assai sospetto anche nella parte che ci interessa»); un'apertura in favore della genuinità si trova invece in LA ROSA, *Ricerche* cit., 57 s.

⁴⁷ Per un impiego immediato della *condictio* in caso di mancata prestazione della *cautio* vd. GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 277 ss.

⁴⁸ Così BIONDI, *Contratto* cit., 275 e ivi nt. 1, con critica al punto di vista di Grosso («poco persuasiva l'esegesi»); C. SANFILIPPO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in *BIDR* 49-50, 1947, 76 s.

⁴⁹ I. 2.4.2 *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus, exceptis his quae ipso usu consumuntur [...] sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut eius fiat, et legatarius satisfacat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. ceterae quoque res ita traduntur legatario ut eius fiant: sed aestimatis his satisfacatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur quanti eae fuerint aestimatae. ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum*

heredi utiliter caveatur)⁵⁰ e che ha conseguentemente indotto un discreto numero di studiosi a sopprimere le parole *fnito usu fructu* che si leggono oggi nel brano.⁵¹

constitui. Per una derivazione dal Gaio delle *res cottidianae* vd. C. FERRINI, *Sulle fonti delle "Istituzioni, di Giustiniano*, in BIDR 13, 1900 (pubbl. 1901), 150 s., che tra le altre cose segnala una più stretta relazione tra la parte conclusiva del brano delle *Institutiones* con Gai. *ad ed. prov.* D.7.5.2 e 7. Adesivamente F. MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto nel diritto romano. Parte generale*, Palermo 1972, 72. Sulla questione della datazione del S.C. richiamato nel brano, vd. MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto* cit., 69 nt. 1, con datazione generica tra l'ultimo scorcio della repubblica e i primi anni del principato, in ragione del fatto che esso fosse ignoto a Cicerone (*top.* 3.17), ma non a Sabino (Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1); G. CRIFÒ, *Studi sul quasi usufrutto romano 1. Problemi di datazione*, Padova 1977, 17 ss., 77 ss., il quale da parte sua si orienta, anche sulla scorta di Cic., *ad Fam.* 9.15.4, per il 46 a. C.; LONGO, *Alle radici* cit., 478 s. e ivi nt. 4, con ampia panoramica sulla letteratura. Sulla questione vd. anche, con critica alla proposta di Crifò, LA ROSA, *Ricerche* cit., 12 ss., 81 ss., che propende (96 ss.) per una datazione in età imperiale, successiva all'emanazione del S.C. Neroniano.

⁵⁰ Sull'essenzialità della *cautio* al fine di una valida costituzione del quasi usufrutto vd. GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 278; SANFILIPPO, *Note esegetiche* cit., 73 («*ut tamen* [...] ha preciso valore di condizione»); BIONDI, *Contratto* cit., 274, che pure esclude un ricorso immediato alla *condictio*; così («la *cautio* [...] è essenziale al rapporto [...] una sorta di "*condicio iuris*" del rapporto») anche SANTORO, *Studi* cit., 209 s., che al riguardo sembra però ammettere margini di discussione tra i giuristi (vd. nt. 52); SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 187 s. e ivi nt. 39 («nell'*ut tamen* si deve leggere una condizione di validità»); LONGO, *Alle radici* cit., 497 ss., 524 («il trasferimento del *dominium* era sospensivamente condizionato alla prestazione della *cautio*»); sempre per la funzione costitutiva, ma in termini che non escludono un passaggio di proprietà pur in assenza della *cautio*, vd. LA ROSA, *Ricerche* cit. 42 ss., 46 ss., su cui vd. *infra* nt. seg. Si deve d'altra parte osservare che in lav. 13 *epist.* D. 19.5.10 la mancata prestazione della *cautio* non sembra pregiudicare la costituzione del quasi usufrutto: come del resto si ricava dal fatto che l'azione, qualunque essa fosse e chiunque fosse ad agire, era stata intentata solo alla morte della vedova, nei confronti del suo erede: e dunque *fnito usu fructu* (in questo senso del resto, tra i tanti, SANTORO, *Studi* cit., 233 ss.; SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39). Né sembra che a giustificazione delle diverse conseguenze si possa utilmente invocare la circostanza che la cauzione sia stata qui «omessa per ignoranza», secondo quanto sostenuto da SANTORO, *Studi* cit., 233. Non si vede in che modo, infatti, ciò avrebbe dovuto o (per meglio dire) potuto alterare la funzione costitutiva assegnata normativamente dal S.C. alla *cautio*; per un ridimensionamento del brano di Giavoleno e sempre con un riferimento alla questione della mancata prestazione della *cautio*, vd. ancor prima GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 279, al quale certo non sfuggono gli aspetti problematici che il brano pone per ciò che riguarda il rilievo della *cautio* ai fini della costituzione del quasi usufrutto. Che fosse la prestazione della *cautio* a fondamento del diritto alla restituzione è escluso diversamente da BENIGNI, *La condictio incerti* cit., 316 e ivi nt. 4, che proprio per tale ragione critica la decisione di Giavoleno di concedere l'*a. in factum* («meno acutamente accordava»).

⁵¹ GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 277 ss., il quale giunge alla conclusione che a inserire le parole '*fnito usu fructu*' sarebbero stati i commissari di Giustiniano, per i quali il quasi usufrutto avrebbe ormai assunto le sembianze di un istituto autonomo, per la cui costituzione non sarebbe stata più richiesta la prestazione di apposita *cautio*, assolvendo quest'ultima una funzione meramente rafforzativa, al pari dell'ordinaria *cautio fructuaria* (*infra* in questa stessa nt.); posizione sostanzialmente mantenuta in ID., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*,² Torino 1958, 427, ove si propende però per l'origine glossematica; per l'origine glossematica SANTORO, *Studi* cit., 195 ss.; rilievi più recentemente si trovano anche in SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 187 ss., il quale fa notare come, in caso contrario, «se la *condictio* fosse stata accordata solo *fnito usufructu*, non si capirebbe la necessità dell'intervento del senatoconsulto, ad introdurre la necessità della *cautio*»; per l'interpolazione, da ultima, LONGO, *Alle radici* cit., 510 ss., a detta della quale l'impiego immediato della *condictio* (che sarebbe stato prospettato nel brano originario) andrebbe messo in relazione col fatto che i *nummi* «si presumono *consumpti* dal legatario-*accipiens* o almeno da lui *commixti* ai propri». Si tratta di rilievi certo assai arguti, ma che, almeno nell'ottica di un intervento compilatorio, sembrano scontrarsi col fatto che ad accreditare l'idea di una funzione costitutiva della *cautio* per il quasi usufrutto è proprio Giustiniano in I. 2.4.2, in un contesto espressivo che non sembra rispondere ad

Quanto alla testimonianza di Giavoleno, una tra le idee più accreditate è che a pesare sulla decisione del giurista, e a rendere dunque incerta l'esperibilità della *condictio*, possano essere stati i dubbi sull'idoneità della *traditio* a produrre il necessario effetto traslativo (*datio*), di fronte alla mancata adozione della *cautio*.⁵² Problema che invece non si sarebbe posto per Sabino e Celso, avendo entrambi prestato la propria adesione alla più antica dottrina dei *veteres*, la quale avrebbe più ampiamente ammesso l'impiego della *condictio* ogni qual volta una *res* si fosse trovata nella disponibilità materiale di altri senza una ragione giuridicamente apprezzabile (*apud aliquem ex iniusta causa*), indipendentemente dunque dal verificarsi di un effetto traslativo: secondo un regime che troviamo attestato nel ben noto Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6.⁵³ Di qui il ricorso all'azione di ripetizione, da parte di

esigenze storico-documentative, ma che sembra piuttosto descrivere lo stato del diritto ancora ai tempi della compilazione: ed è forse questo il motivo per cui, come si è visto, taluni autori hanno piuttosto prospettato un'origine glossematica, alla quale, si deve ritenere, non sarebbe seguita un'attenta valutazione da parte dei compilatori sulla coerenza sistematica della soluzione, che si sarebbe venuta a quel punto a delinare, rispetto alle stesse vedute bizantine (I. 2.4.2). In difesa del testo e dunque per un esercizio *finito usufructu* vd. invece LA ROSA, *Ricerche* cit., 46 ss., 56, che non vede in ciò reali contraddizioni con la funzione costitutiva della *cautio ex senatusconsulto*. Riguardo alla possibilità che (anche) la *cautio fructuaria* (*ex edicto*) assolvesse una funzione costituiva vd. GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 281 s., 282 nt. 1; SANTORO, *Studi* cit., 209 s. nt. 49; LONGO, *Alle radici* cit., 499 ss.

⁵² In questo senso («appare probabile che i giuristi classici fossero prevalentemente orientati nel senso che la consegna delle cose consumabili non potesse avere effetto traslativo di proprietà, finché la *cautio senatus consulti* non fosse stata prestata») soprattutto SANTORO, *Studi* cit., 202 ss., 234 s.; aderisce all'idea di Santoro, di spiegare le due diverse soluzioni col diverso quadro applicativo della *condictio* per Giavoleno e Giuliano rispetto alla dottrina dei *veteres*, B. ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, Berlin 1978, 54 s. e ivi nt. 162, per quanto poi, a detta dell'autore, a determinare il mancato acquisto a titolo derivativo (*datio*), indispensabile per l'esercizio dell'azione di ripetizione, sarebbe stato piuttosto il fatto che la donna avrebbe in concreto ottenuto, seppur in termini monetari, nulla più di quanto in effetti già le spettasse, mancando così una effettiva *datio* (analogamente a Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33): «die *mulier* ist dadurch nicht ‚bereichert‘, sie hat auch nur das, was ihr schon vorher zustand – lediglich in anderer Gestalt».

⁵³ Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* Sul brano, vd. DONATUTI, *Le cause delle condictiones* (*Studi* 2) cit., 711 ss., 818 s.; con attenta rassegna bibliografica, SANTORO, *Studi* cit., 219 ss.; SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 98 ss.; L. VACCA, *Osservazioni in tema di condictio e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in V. MANNINO (a cura di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università di Roma Tre* (Roma 24 e 25 ottobre 2003), Torino 2005, 3 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 312 ss. In relazione alla possibilità che il brano facesse parte di una più ampia discussione sul tema del legato di usufrutto svolta da Ulpiano nel l. 18 *ad Sab.*, di cui farebbero parte, oltre al richiamato D. 7.5.5.1, anche D. 7.9.12, D. 13.1.1 e D. 13.3.2, vd. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 100 s.; per la genuinità del passo vd., anche con valutazione delle posizioni di segno contrario, SANTORO, *Studi* cit., 220 ss.; SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 101 s. Sulla questione della necessità, per il diritto classico, di una consegna validamente traslativa del dominio ai fini dell'esercizio della *condictio* («nella *condictio* classica, con l'*intentio* della formula rivolta al *dare oportere*, il semplice conseguimento del possesso non può essere presupposto sufficiente»), vd. DONATUTI, *Le cause delle condictiones* (*Studi* 2) cit., 806 ss., il quale, fatto salvo il caso eccezionale della *c. ex causa furtiva*, addebita a un'evoluzione postclassica, favorita dal venir meno della procedura formulare, ogni ulteriore ipotesi applicativa dell'azione in assenza di trasferimento di proprietà: perlomeno a partire dal momento in cui venne superata l'antica dottrina dei *veteres* (708 ss., 715), alla quale sarebbe tornato Giustiniano, non senza però significative deviazioni, per ciò che concerne l'interpretazione della nozione di *iniusta causa* (818 s.): in proposito vd. *infra* in questa stessa nt.; più di recente L. PELLECCCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in SDHI 64, 1998, 80 ss.; con ampia documentazione delle diverse posizioni

ambidue i giuristi, in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1.⁵⁴ Di qui invece, come si diceva, il ricorso all'*a. in factum* da parte di Giavoleno che da quella stessa dottrina avrebbe diversamente preso le distanze.⁵⁵

È per certi versi superfluo rilevare come non siano mancate, anche recentemente, significative prese di distanza rispetto a questa opinione,⁵⁶ così come ancora, in più di un'occasione, sia stata messa in dubbio l'esistenza di una controversia giurisprudenziale in materia,⁵⁷ con argomenti non privi di pregio e che in vario modo hanno provato a evidenziare possibili profili di difformità tra le due fattispecie.

emerse in dottrina, vd. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 98 ss., al quale peraltro si rinvia per una valutazione della *veterum opinio* dell'appena citato Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6 ('*quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*'), ove si propone di riferire l'antigiuridicità della *causa* al profilo della *retentio* piuttosto che a quello dell'atto di 'acquisto'; per un diverso punto di vista vd. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (*Studi* 2) cit., 711 s. e ivi nt. 50, ove piuttosto si circoscrive il concetto di '*ex iniusta causa apud aliquem esse*' alla sola ipotesi di detenzione «in base ad un atto o ad un negozio illecito», con conseguente esclusione delle ipotesi di arricchimento ingiustificato («*Causa* è il fatto giuridico su cui si fonda la detenzione e l'aggettivo *iniusta* equivale ad "illecita""); ipotesi, queste ultime, che sarebbero rientrate nella nozione di *iniusta causa* solo in epoca giustiniana (818 s.). Fondamentale rimane in proposito SANTORO, *Studi* cit., 181 ss. Sullo sviluppo del regime applicativo della *condictio* col mutare della nozione originaria di *credere*, «da atto diretto alla restituzione [...] dell'*idem corpus*» (di qui la concezione del *datum* come *alienum*) a «atto diretto alla restituzione del *tantum - dem eiusdem naturae*», e sui suoi rapporti con la *vindicatio*, di cui avrebbe costituito (quale *c. ex causa furtiva*) un «succedaneo», non si può prescindere da E. BETTI, *La vindicatio primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo. Cenni introduttivi*, in *Filangieri* 40, 1915, 356 s. nt. 1, con utili riferimenti alla letteratura più antica.

⁵⁴ In questo senso, si è visto, SANTORO, *Studi* cit., 225 ss., il quale, tenuto conto della connessione palinogenetica tra D. 12.5.6 e D. 7.5.5.1 (nt. prec.), pone una ancor più stretta relazione tra i due brani, arrivando alla conclusione che «D. 12.5.6 è la motivazione della decisione di D. 7.5.5.1»; nello stesso ordine di idee anche SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 189 s.

⁵⁵ Così, per tutti, SANTORO, *Studi* cit., 202 ss., 234 s. («in tema di *condictio*, Giavoleno mostra di aderire ai diversi principi dei quali si farà massimo teorizzatore il suo allievo Giuliano»).

⁵⁶ Così almeno in parte, lo si è visto (*supra* nt. 52), ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 55 s. Ricollega il mancato impiego della *condictio* al fatto che il *dans* sarebbe stato una persona «distinta del demandante» A. D'ORS, *Replicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta condictio sine datio*, in *Iura* 25, 1974, 8 s., per il quale, in particolare, ad agire per la restituzione sarebbe stato il *bonorum emptor*, mentre a consegnare la somma di denaro sarebbero stati i creditori; sulla stessa linea sostanzialmente GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 225 s., per quanto, a detta dell'autore, ad aver consegnato la cosa sarebbe stato piuttosto il *bonorum emptor*, mentre ad agire in ripetizione sarebbero stati i creditori dell'erede non integralmente soddisfatti: in concreto sarebbe mancata una *datio* da parte dei creditori; in termini ancora differenti G. HEINECCIUS, *Commentarium ad legem Iuliam et Poppeam*, in *Opera ad universam iuris prudentiam philosophiam et litteras humaniores pertinentia. Tomus septimus*, Genevae 1649, 268, per il quale a consegnare la somma di denaro sarebbero stati i creditori, mentre ad agire per la restituzione sarebbe stato l'erede («[...] nec condictio sine causa institui, quia non inter heredem et mulierem, sed inter hanc et creditores hoc interesserat negotium»). Respinge l'ipotesi di riferire il mancato impiego della *condictio* alla mancanza di una *datio* anche ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 114 s., sul cui punto di vista vd. *infra* nnt. 59-62.

⁵⁷ Perplexità al riguardo («strano come le due dottrine si ignorino a vicenda») si trovano, come si è già in parte osservato (*supra* nt. 38), in BIONDI, *Contratto* cit., 275; D'ORS, *Replicas Panormitanas IV* cit., 8 nt. 15; («Keine Rede ist davon, daß die Frage etwa umstritten gewesen wäre») ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 55 e ivi nt. 164, per quanto l'autore non escludesse, in via di mera ipotesi, la possibilità di una soppressione compilatoria; tenuto conto del silenzio di entrambi i brani, si mostra scettico in relazione all'esistenza di una disputa sul punto, GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 225, tanto più che la stessa sarebbe maturata all'interno della scuola sabiniana: non verosimile, sempre a detta dell'autore, l'eventua-

Ritenendo che i dubbi del giurista non fossero qui legati alla mancata prestazione della *cautio ex senatus consulto*, con gli effetti che ciò avrebbe potuto comportare sul piano della costituzione del rapporto di quasi usufrutto,⁵⁸ quanto al fatto che non si fosse provveduto a sancire l'obbligo restitutorio mediante apposita *stipulatio (stipulatio praetermissa)*, un discreto numero di studiosi ha sostenuto che a essere qui in discussione, a differenza di Ulp. 18 *ad Sab. D. 7.5.5.1*, sarebbe stata la tutela dell'accordo restitutorio in quanto tale:⁵⁹ nella consueta tensione dialettica tra patto e (mancata) *stipulatio* che frequentemente si rinviene nelle fonti.⁶⁰ Su ciò ha indubbiamente influito, come si è già accennato, la scelta dei commissari di inserire il brano all'interno del titolo 19.5 (*de praescriptis verbis et in factum actionibus*).

In quest'ottica è stata persino ventilata l'ipotesi di un ricorso da parte di Giavoleno a un'azione contrattuale decretale incerta (*a.p.v.*),⁶¹ nella prospettiva di una corrispondenza o comunque di un avvicinamento della fattispecie qui esaminata al sinallagma aristoniano (*dedi ut*):⁶² con un'interpretazione che suggerisce di intendere (anche in questo caso) l'e-

lità di un intervento soppressivo da parte dei compilatori, secondo quanto diversamente congetturato da Eckardt; nello stesso ordine di idee anche ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 113 s. e ivi nt. 234.

⁵⁸ Diversamente DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; BIONDI, *Contratto* cit., 274; SANTORO, *Studi* cit., 232 ss.

⁵⁹ Uno spunto in questo senso può trovarsi in M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in SDHI 20, 1954, 150 s. e ivi nt. 54, ove si mette in relazione il brano di Giavoleno col più ampio tema del riconoscimento dei *nova negotia*; si orienta per un'azione da contratto innominato, senza che vengano però chiariti caratteri e finalità propri dell'azione, anche BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit., 9 nt. 3; più recentemente ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 114 s., che pensa più precisamente a un accordo tra i creditori dell'eredità e la vedova («wurde das Geld [...] zur Erfüllung einer einvernehmlichen Verständigung zwischen den Nachlaßgläubigern und der Witwe übereignet»): non così in Ulp. 18 *ad Sab. D. 7.5.5.1*, ove il fondamento del «Behaltendürfen des Geldes» andrebbe piuttosto ricollegato al legato *per vindicationem*, in termini che consentirebbero di apprezzare la decisione di ricorrere diversamente alla *condictio*. Esclude, al contrario, una relazione con la questione dei *nova negotia* nella prospettiva originaria di Giavoleno («No estamos pues en uno de estos precedentes clásicos del contrato innominado») D'ORS, *Replicas Panormitanas* IV cit., 8 nt. 15, per il quale sarebbero stati piuttosto i commissari giustinianeî a intravedere una connessione col tema dei contratti innominati.

⁶⁰ Così ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 115 nt. 240: «Dafür spricht auch die Tatsache, daß Javolen das Fehlen einer *stipulatio* betont („*stipulatio praetermissa*“). Dies könnte auf ein formloses *pactum* als Klagegrundlage hindeuten», non senza in verità oscillazioni («*stipulatio [=cautio fructuaria]*»); negli stessi termini L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 202.

⁶¹ Per l'impiego di azione (*in factum*) *praescriptis verbis* vd. già HEINECCIUS, *Commentarium ad legem Iuliam et Poppeam*, in *Opera* VII cit., 268; SCHMID, *Die Grundlehren* cit., 463 ss.; DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 624 s., ove tuttavia si esclude la natura propriamente contrattuale dell'operazione («*action praescriptis verbis* appliquée à une espèce où l'obligation, sans naître d'un contrat, est incontestable en droit civil»). Tra gli studiosi moderni, ipotizza l'impiego di azione contrattuale simile all'*a.p.v.* o, meglio ancora, all'*actio civilis incerti* aristoniana («handelt [...] um ein dem *agere praescriptis verbis* und insbesondere der *actio civilis incerti* in D. 2.14.7.2 nahestehendes Rechtsmittel, das den Namen *actio in factum civilis* verdiente») ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 115.

⁶² Per una configurazione della consegna dell'equivalente da parte dei creditori in termini di *datio ob rem*, vd. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit., 9 nt. 3; più recentemente («[...] die durch eine *datio* bekräftigte Rückgabvereinbarung [...] die das Geschehen in die Nähe der bereits bekannten Geschäfte nach dem Muster *dedi ut* (...) rückt») ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 115, con una situazione che, a detta dell'autore, avrebbe presentato significative analogie con l'istituto della *fiducia cum creditore*, essendo

spressione *a. in factum*, non ai sensi di Gai 4.46 (*formula in factum*), ma nella diversa accezione di 'azione concessa per il caso specifico', secondo l'uso fattone ad es. in Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1 pr.-2.⁶⁴

L'idea è certo stimolante, ma in concreto non verosimile. Si tratta infatti di congettura formulata sotto la suggestione di facili schematismi descrittivi, in assenza però di una più attenta analisi della concreta vicenda, la quale avrebbe altrimenti evidenziato l'assoluta mancanza di quei requisiti di reciprocità e di scambio (*datio ob rem*) che rappresentano l'essenza della nozione aristoniana, essendo qui prevista la mera restituzione di quanto ricevuto:⁶⁵ il limpido tenore letterale della testimonianza non ammette dubbi in proposito ('*Quaero [...] an repeti possit, et qua actione*'). Si potrebbe al più prendere in considerazione l'ipotesi di un adeguamento *in factum*, mediante *praescripta verba*, della *condictio certae pecuniae*,⁶⁶ trattando

anche qui l'obbligo alla restituzione legato a un patto aggiunto al negozio principale.

⁶³ Quanto a Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 si è detto *supra* nel § prec. e in nt. 36.

⁶⁴ Indipendentemente, dunque, dalla *conceptio* dell'*intentio* che avrebbe potuto essere, se del caso, anche *in ius concepta*. Non occorre davvero qui ricordare come la dottrina maggioritaria abbia da tempo preso le distanze dall'indirizzo interpretativo per così dire tradizionale (meglio sarebbe dire: formatosi all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano) che non ammetteva azioni *in factum* che non fossero al tempo stesso con *formula in factum concepta*. E d'altra parte già Savigny, che pure rappresentava uno dei principali esponenti di tale indirizzo, non aveva esitato a riconoscere l'eccezione dell'*a. in factum civilis* (*a.p.v.*), ove l'espressione *in factum* non si sarebbe riferita, com'è ben noto, alla formulazione dell'*intentio*, ma a quella della *demonstratio* (SAVIGNY, *System* 5 cit., 79 s., 91 ss., 96 ss.). Sulla questione e per un uso dell'espressione *a. in factum* in riferimento ad azione civile decretale, ci limitiamo a segnalare, tra i tanti, W. SELB, *Actiones in factum und Formeltechnik*, in G. FROTZ, W. OGRIS (a cura di), *Festschrift H. Demelius zum 80. Geburtstag. Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, Wien 1973, 223 ss., 234 s.; ID., *Formulare Analogien in „actiones utiles“ und „actiones in factum“ am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982, 315 ss., 325 s.; ID., *Formulare Analogien (Studi Sanfilippo 5)* cit. 727 ss., 759; con più specifico riferimento al tema della tutela dei contratti inominati, R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, 100 ss., con letteratura; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 115 ss.; BURDESE, *Osservazioni cit.*, 127 ss.; ID., *Sul riconoscimento cit.*, 14 ss.; J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in *ZSS* 106, 1989, 444 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano I*, Torino 1992, 230 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka* 5.1, 1996, 122; CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit. 9 ss. Per la tesi negativa vd. tuttavia M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI* 72, 2006, 244 ss.; in una proiezione più ampia, soprattutto, G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in *ZSS* 75, 1958, 22; ID., *Utiles actiones in factum*, in *Studi E. Betti*, IV, Milano 1962, 503 («jede actio in factum besitzt eine formula in factum concepta»). In proposito vd. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. III § 1.1, ove ulteriori indicazioni anche per ciò che riguarda l'ambiguità che l'espressione (*a. in factum*) avrebbe finito per assumere dal punto di vista dell'individuazione dei caratteri del programma di giudizio che avrebbe dovuto trovare in concreto applicazione.

⁶⁵ Richiama l'attenzione sull'assenza di un rapporto commutativo BETTI, *Sul valore cit.*, 39; la presenza di una *datio ob causam* è esclusa anche da BIONDI, *Contratto cit.*, 274.

⁶⁶ In relazione alla possibilità di un adeguamento *praescriptis verbis* della *condictio certae pecuniae* (o *actio certae creditae pecuniae*) vd. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V. § 6, con letteratura. Sulla questione se le due espressioni (*condictio certae pecuniae-actio certae creditae pecuniae*) debbano ritenersi equivalenti o se diversamente la seconda facesse riferimento ai soli casi in cui si agisse per la ripetizione di somme di denaro date a credito (come appunto sembrerebbe suggerire il nome stesso dell'azione), con esclusione dunque di ogni altra ipotesi applicativa con identico oggetto, ma diverso titolo, ci limitiamo a segnalare, nel primo

il caso come una deviazione dal contratto di mutuo.⁶⁷ Del resto le analogie sostanziali tra quasi usufrutto e mutuo e le possibili interferenze tra i due istituti sono state da tempo ben evidenziate in dottrina, già a partire dagli autori di diritto comune.⁶⁸ Si tratta però di ipotesi assai difficile da sostenere e che ci porterebbe comunque al di fuori della teorica aristoniana.

Nell'ottica di un impiego a tutela dell'accordo in quanto tale, si dovrebbe piuttosto pensare a un'*actio in factum* in senso stretto, e dunque con *formula in factum concepta*, secondo il modello di Gai 4.46: e in questo senso si è mosso più di un autore.⁶⁹

L'eventualità che Giavoleno stesse qui valutando il modo con cui tutelare l'accordo restitutorio è certo avvincente e consentirebbe per certi versi di sciogliere alcuni dei principali nodi problematici che il testo pone. L'invito alla cautela ovviamente è d'obbligo: troppi sono infatti i punti malsicuri nella ricostruzione della fattispecie. Le poche informazioni a nostra disposizione non consentono neppure di stabilire con certezza da chi abbia la donna ricevuto la somma di denaro a titolo di usufrutto⁷⁰ e in quali modi e circostanze ciò sia avvenuto: né è chiaro a chi vada restituita.⁷¹ Ciò spiega la ridda di ipotesi che sono state for-

senso, DONATUTI, *Le causae delle conductiones* (Studi 2) cit., 704 s.; CANNATA, *Corso* II.2 cit., 119 nt. 371; per la tesi opposta U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in SDHI 7, 1941, 35 ss.; B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971, 126 ss.; più recentemente M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 151 s.

⁶⁷ Uno spunto in tal senso può trovarsi, in un ordine di idee che si mostra però complessivamente scettico al riguardo, in ACCARIAS, *Théorie* cit., 333 nt. 2 («S'il fallait voir un contrat innommé dans l'hypothèse de notre loi 10, ce contrat ressemblerait assurément au *mutuum*. Ce serait donc une anomalie»).

⁶⁸ La questione è efficacemente riassunta in F. CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis Libri X*, Lugduni 1566, (*Lib. II. Cap. IV. De usufr. earum rerum quae usu consumuntur*), 238: «non video, quid istud a mutuo differat. Quod si ita est, quid opus fuit senatusconsulto? nam si do tibi decem aureorum usumfructum, perinde est ac si decem dedissem mutuo: mihi que conceditur adversus te condictio: & hic enim revera de meo fit tuum. Itaque senatus consultum arbitror inductum legatorum causa, non etiam eorum contractuum quos appellamus, inter vivos [...] ut dici posse videatur, si decem aureorum usumfructum tibi donaverim, non usumfructum constitutum esse, sed mutuum, quod mihi post mortem restitueris: in legatis autem utilitatis causa institutum est, quia nemo post mortem dare mutuo potest»; I.G. HEINECCIUS, *Recitationes in Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum. Tomus I*, Venetiis 1819, (*Lib. II Tit. IV, § CCCCXIX.*) 354; con riferimenti alla letteratura precedente G.J. LAHOVARI, *De usufructu bonorum. Dissertatio inauguralis*, Berlin 1858, 43 s., con conclusioni opposte rispetto a quelle di Connanus («[...] sed id quaeri simpliciter, num rei, quae usu consumatur, ususfructus» quasi mutuo «constituit potuerit. SC. nostrum, si id fieri potuisset, supervacuum foret»); J.P. MOLITOR, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit Romain avec les rapports entre la Législation romain et le Droit français*,² Gand 1851, 398 s.; A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, I,² Firenze 1866, 580; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*,² a cura di L. Capogrossi Colognesi e G. Finazzi, Milano 2013, 225 («rapporto obbligatorio, abbastanza vicino al mutuo»).

⁶⁹ In questi termini P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*,¹ Paris 1897, 571 e ivi nt. 6; BETTI, *Sul valore* cit., 39; a un'azione pretoria a tutela di convenzione atipica pensano più recentemente anche KRANJC, *Die actio* cit., 452; seppure come semplice cenno, SARGENTI, *Problemi della responsabilità* cit., 151 nt. 54; ZHANG, *Contratti innominati* cit., 202; MERCADO, *Contractuum quorum appellationes* cit., 251 nt. 14.

⁷⁰ Se dai creditori, dal *bonorum emptor* o dallo stesso erede escusso: al riguardo vd. *supra* nt. 56 e *infra* nel testo e nt. 115.

⁷¹ Ritiene che ad agire per la restituzione fosse l'erede HEINECCIUS, *Commentarium ad legem Iuliam et Poppeam*, in *Opera* VII cit., 268; SCHMID, *Die Grundlehren* cit., 465, con una presa di posizione che è d'altra parte perfettamente coerente con l'idea dello studioso di un ricorso alla *bonorum distractio*: in proposito vd. *infra* nel testo e in nt. 115; sempre per l'erede SELB, *Formulare Analogien* cit., 754; KRANJC, *Die actio* cit., 452. In senso contrario, pensa al *bonorum emptor* SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 91, il quale

mulate in proposito. Disaccordo esiste in dottrina anche per ciò che riguarda l'individuazione del tipo di legato con cui sarebbe stato disposto l'usufrutto: si discute in particolare se si trattasse di legato con effetti reali⁷² o obbligatori.⁷³ Eventualità, quest'ultima, che pare decisamente da preferirsi, se si considera che ci troviamo in presenza di un *legatum partitionis*,⁷⁴ che com'è noto costituiva (o perlomeno aveva finito per costituire)⁷⁵ una sorta di

peraltro non esclude che nel testo originario di Giavoleno si facesse espresso riferimento al *b. emptor* e che questo fosse stato soppresso dai compilatori, trattandosi di «soggetto scomparso dalla vita giuridica dell'età bizantina»; sempre per il *b. emptor* vd., come si è anticipato (nt. 56), D'ORS, *Replicas Panormitanas* IV cit., 8; così, respingendo però l'ipotesi di una soppressione ipotizzata da Solazzi, anche ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54 e ivi nt. 159, il quale d'altra parte non si sentiva neppure di escludere del tutto la possibilità che ad agire fossero piuttosto i creditori nel presupposto che fossero stati questi ultimi a consegnare la somma di denaro prima dell'avvio della *bonorum venditio*, in modo da poter vendere i beni liberi dall'usufrutto («um [...] die bona unbelastet verkaufen zu können»). Per i creditori vd. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* I cit., 332; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 235 e ivi nt. 170, per il quale astrattamente legittimati ad agire per la restituzione sarebbero stati i creditori non integralmente soddisfatti («einfachen Gläubiger des Erben [...] die nicht vollständig befriedigt worden waren»); ai creditori pensano anche SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39; e ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 114 s. Si tratta di una congettura che non sembra potersi però condividere e che verrebbe a determinare non trascurabili inconvenienti sul pianoolutivo, se non altro per il fatto che il valore del quasi usufrutto avrebbe ben potuto eccedere l'importo dei crediti rimasti eventualmente non soddisfatti, in modo che non si capisce da cosa avrebbe dovuto trarre fondamento la pretesa dei creditori alla restituzione integrale della somma di denaro data alla vedova *fruendi causa*. Rilievo che non si risolverebbe neppure volendo prendere per buona la proposta di ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134, di ricondurre il diritto della quasisufruttuaria ad apposito accordo intervenuto tra la stessa e i creditori dell'erede (*supra* nt. 59). È appena il caso di osservare che la questione dell'individuazione del soggetto cui sarebbe spettato il diritto di agire in via ripetizione è in qualche modo legata all'individuazione del soggetto che avrebbe provveduto a consegnare la somma di denaro alla moglie destinataria dell'usufrutto (così giustamente ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54), per quanto più di un autore abbia provato a tenere distinte le due vicende, spiegando anzi per questa via le ragioni del mancato ricorso alla *condictio* (si veda ad es. *supra* nt. 56).

⁷² Pensano qui a un legato *per vindicationem* in particolare SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 88 nt. 1; BIONDI, *Contratto* cit., 274.

⁷³ In questo senso vd. ACCARIAS, *Théorie* cit., 330; implicitamente DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* I cit., 332; di recente GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234 s.; tra le righe ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229.

⁷⁴ Sull'utilizzabilità dello schema del *legatum partitionis* anche per il legato di usufrutto vd. già B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*,² Milano 1955, 440; più recentemente GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234. Riserve al riguardo si trovano invece in H. STIEGLER, v. *Partitio legata*, in RE Suppl. 11, 1968, 1045, per quanto l'autore segnalasse un quadroolutivo per molti aspetti comune, richiamando al riguardo proprio Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10: in proposito vd. *infra* nt. 105.

⁷⁵ Sulla scorta di PT. 2.23.5 ('τὸ γὰρ παλαιὸν ἦν πέμπτον γένος ληγάτου καὶ ἐλέγετο partitwv'), non escludeva che in origine potesse rappresentare una forma di legato a sé F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius secundus* §§ 97-289 (*Testamentarisches Erbrecht*). *Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen*, Jena 1913, 339, che in un primo momento aveva piuttosto pensato all'esistenza di una disputa al riguardo tra i giuristi: così ID., *Die Mora des Schuldners nach Römischem und heutigem Recht. Zweiter Band*, Rostock 1872, 278; sempre nel senso di una figura inizialmente autonoma BIONDI, *Successione*² cit., 441; per una valutazione di segno contrario vd. A. METRO, *Il legatum partitionis*, in *Labeo* 9, 1963, 325 s.; per un ridimensionamento del brano teofilino vd. A. ORMANNI, *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, 615 s.

sottospecie del *legatum per damnationem*.⁷⁶ Si tratta, come si può ben intuire, di aspetto non secondario e che induce a ritenere che la vedova avesse preso parte alla procedura esecutiva nella veste di creditrice,⁷⁷ con tutte le possibili implicazioni che ciò avrebbe potuto comportare.⁷⁸ In un quadro dai contorni così incerti si può solo provare a fare qualche

⁷⁶ Sulla riconduzione al *genus* del *legatum per damnationem* la dottrina è pressoché concorde: in tal senso vd. KNIEP, *Die Mora* 2 cit., 278 ss.; ID., *Gai Institutionum* II.2 cit., 338 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band. Privatrecht und Zivilprozess. Strafrecht und Strafprozess. Erster Teil. Privatrecht*, Leipzig 1901, 942, ove si evidenzia il carattere ibrido dell'istituto: a metà strada tra legato e istituzione di erede; K.R. VON CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, Wien-Leipzig 1908, 350; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2, Firenze 1908, 570; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 109 s., ora in ID., *Scritti di diritto romano* I, Milano 1973, 128 s., 139 s.; BIONDI, *Successione*² cit., 440 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1960, 92; ID., v. '*Legato (dir. rom.)*', in Enc. dir. 23, Milano 1973, 708; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*,² Torino 1962, 273; METRO, *Il legatum partitionis* cit., 323 ss.; H. STIEGLER, *Vindicare portionem* (D. 30.27), in ZSS 84, 1967, 357 e ivi nt. 3; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano 1992, 781 ss.; A.M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio, Institutiones. I. Il testo. Versione illustrata e ipotesi interpretative*, Urbino 1994, 132 nt. 121; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)*, in Anuario de derecho civil 5, 1952, 837 s.; G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino 2014, 415; S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*. (Estratto da A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*), Torino 2016, 136 s. Isolattissime le posizioni di segno contrario: in questo senso vd. M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Erste Abtheilung. Die Einleitung und die Form der Anordnung*, Tübingen 1854, 36 nt. 4, con richiamo a Paul. *ad Plaut.* D. 30.27 '*legatarius in omnibus rebus vindicare portionem*', sui cui vd. *infra* nel testo; sempre sulla scorta di Paul. *ad Plaut.* D. 30.27, ma anche di Cic., *de leg.* 2.21.52, ritiene potesse assumere entrambe le forme, sia reale sia obbligatoria, ORMANNI, *Penus legata* cit., 614 e ivi nt. 63, con una considerazione che, a detta dell'autore, dovrebbe a maggior ragione valere per l'epoca in cui non si era ancora avviato il processo di smaterializzazione dell'*hereditas* che l'autore, sulla scorta di Albanese (B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in AUPA 20, 1949, 352 ss.), fissa intorno alla metà del I sec. d. C.; sembrerebbe attribuire al legato effetti reali, perlomeno nella più specifica prospettiva proculeiana di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 30.26.2, G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981, 130 s. («i Proculiani ritenevano che il legatario divenisse *dominus pro parte* della *res*). Sulle *stipulationes partis et pro parte* che legatario ed erede erano tenuti a prestarsi reciprocamente (Tit. Ulp. 25.45; Gai 2.54) vd. CZYHLARZ, *Lehrbuch* cit., 350; VOCI, v. '*Legato (dir. rom.)*' cit., 708; METRO, *Il legatum partitionis* cit., 323 s. Per una equiparazione in diritto giustiniano col fedecommesso universale (C. 6.43.2) vd. A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, II,² Firenze 1866, 679; F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, II,⁵ Firenze 1892, 349 e ivi nt. 6; GROSSO, *I legati*² cit., 141, 274, il quale osserva come in I. 2.23.5 il *legatum partitionis* sia «ricordato come notizia storica, all'imperfetto»; per un sostanziale assorbimento all'interno del fedecommesso più recentemente anche PULIATTI, *De cuius hereditate agitur* cit., 137; diversamente METRO, *Il legatum partitionis* cit., 326 ss., il quale esclude che all'epoca di Giustiniano l'istituto potesse essere scomparso, non essendo credibile che i molti passi del Digesto che se ne occupano siano frutto di ripetute sviste da parte dei commissari.

⁷⁷ ACCARIAS, *Théorie* cit., 330; DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; di recente ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234 s.

⁷⁸ Ciò ha indotto un discreto numero di autori a ritenere che la vedova avesse fatto ricorso all'istituto della *separatio bonorum*, non potendosi altrimenti spiegare la costituzione in suo favore dell'usufrutto nella misura esatta disposta dal testatore: così ACCARIAS, *Théorie* cit., 330 («la femme a demandé la séparation des patrimoines; sans quoi elle n'obtiendrait, comme les autres créanciers de l'héritier, qu'un dividende, et non pas l'intégralité de son legs»); GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234 s. In senso contrario SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 88 nt. 1, il quale fa osservare come la somma ricevuta dalla vedova a titolo di usufrutto venga presentata come parte di quanto ricavato dalla vendita dei beni dell'erede più che del marito defun-

riflessione nel tentativo di mettere meglio a fuoco la vicenda, individuando scenari più verosimili di altri.

Va da sé che per la soluzione di molte delle questioni indicate risulta pregiudiziale l'individuazione del tipo di procedura esecutiva impiegata. Anche per il modo di esprimersi del brano (*heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt*), si può senza dubbio ritenere acquisito che per i compilatori la vicenda si inserisse nell'ambito di una *bonorum distractio*: e del resto all'epoca di Giustiniano la *bonorum venditio* costituiva nulla più che un mero ricordo storico.⁷⁹ Che alle stesse forme esecutive pensasse Giavoleno è però quasi unanimemente escluso in dottrina,⁸⁰ soprattutto per via delle ben note riserve che persistono sul-

to, come si sarebbe dovuto diversamente affermare in caso di separazione delle due masse patrimoniali (*'heredis bona [...] distracta sunt et pecuniam, [...] mulier accepit'*). L'osservazione è certo pertinente, ma non tiene conto del fatto che la *separatio bonorum* non comportava una duplicazione della procedura esecutiva, la quale al contrario manteneva un impianto unitario, pur con una separazione delle masse patrimoniali: in proposito vd. già G. BAVIERA, *Storia e teoria della separatio bonorum in diritto romano*, Roma 1899, 45 ss., il quale invoca Ulp. 64 ad ed. D. 42.6.1 (*quasi duorum fieri bonorum venditionem*); per la unitarietà vd. anche VOICI, *Diritto ereditario* 1 cit., 620 ss., al quale si rinvia per una descrizione della procedura e dei diversi sviluppi che questa poteva assumere; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 235. Sull'ammissione dei legatari al *beneficium* della *separatio bonorum* non vi è motivo di dubitare: in tal senso vd. Iul. 46 dig. D. 42.6.6 pr., ma anche Pap. 12 resp. D. 42.6.4.1. In proposito vd. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)*, Milano 1954, 362 s. Non vi è invece ragione di credere che tale beneficio sia stato accordato solo a partire da Giuliano: così invece P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo. Introduzione, Parte generale*,² Milano 1967, 671 e ivi nt. 16. Che per i beneficiari di legato ad effetti reali non occorresse, diversamente, un formale provvedimento di *separatio bonorum* da parte del magistrato è circostanza ben evidenziata in dottrina: al riguardo vd. sempre BIONDI, *Diritto ereditario* cit., 363 («per il legato con effetti reali, la separazione non ha senso, posto che il legatario acquista *recta via* la proprietà o il diritto reale sulla cosa legata»).

⁷⁹ Non ha avuto seguito l'ipotesi di una sopravvivenza ancora in età giustiniana formulata da C.F. GÜNTHER, *Ad LL XII. et XXVII. D. pro socio dissertatio*, Lipsiae 1823, 24 ss.; questione che non va naturalmente confusa con la possibilità che ancora in epoca giustiniana si discorresse di *bonorum venditio* con riferimento a procedure di vendita concorsuali che, a differenza della *bonorum distractio*, avessero ad oggetto l'intero patrimonio, secondo forme e meccanismi che nulla avevano però in comune con l'antica procedura classica (al riguardo vd. A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano 2008, 292 e ivi nt. 75). D'altra parte è lo stesso Giustiniano (I. 3.12 pr.) a informarci di come la più antica procedura pretoria della *bonorum venditio* fosse caduta da tempo in desuetudine, col venire meno del processo *per formulas*: probabilmente già in epoca diocleziana secondo S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. III. Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829, 256 s. e ivi nt. 8; J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, 299 nt. 2; per la fine del terzo secolo d. C. si orienta, più recentemente, anche B. BISCOTTI, *Custodia, amministrazione, liquidazione di beni ereditari. Il responso di Salvio Giuliano*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano 2007, 37, la quale non esclude peraltro che la *bonorum venditio* potesse essere in declino già ai tempi di Giuliano. Proponeva un'anticipazione già in epoca severiana («Wahrscheinlich schon zu Ulpian und Paulus Zeiten») A.G. HEFFTER, *Institutionen der römischen und teutschen Civil-Processes*, Bonn 1825, 563 nt. 14, con una datazione che è stata però giudicata prematura in dottrina. Sulla questione vd. anche A. UBBELOHDE, *Ueber das Verhältnis der bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, in *Festgaben G. W. Wetzell*, Marburg 1890; P. VOICI, v. 'Esecuzione forzata (dir. rom.)', in *Enc. dir.* 15, Milano 1966, 430; E. BETTI, v. 'Processo civile (diritto romano)', in *Noviss. dig. it.* 13, Torino 1976, 1119.

⁸⁰ Fanno eccezione SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 464: «der Nachlaß mit dem übrigen Vermögen des Erben von den Gläubigern des Erben im Einzelnen verkauft worden (bona distracta sunt)»; così in sostanza V. ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 de curatore bonis dando* [42,7], in *Studi giuridici in onore di C. Fadda per il XXV anno del suo insegnamento*, I, Napoli 1906, 324, su cui vd. *infra* nt. 85; tra le

l'impiego di una tale procedura al di là dei ristretti casi espressamente contemplati nelle fonti.⁸¹ Di qui l'idea che il richiamo alla *distractio* debba ascrivarsi a un intervento modernizzante rispetto a un originario riferimento alla *bonorum venditio*,⁸² non essendovi (si è detto)⁸³ elementi specifici per pensare a una *bonorum distractio ex edicto* (per incapacità dell'erede escusso) o *ex privato consilio*,⁸⁴ di cui sembra si discorra in Iul. 47 dig. D. 42.7.5.⁸⁵

righe, più recentemente, anche SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39 («sembra concessa [...] ai creditori che avevano ottenuto la *bonorum distractio*»).

⁸¹ Sulla *distractio ex senatus consulto* a favore delle *clarae personae* vd. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 27.10.5; su quella a favore di pupilli, furiosi e *ceterorum qui curatorum ope iuvantur* vd. Paul. 58 *ad ed.* D. 42.5.6 pr.-2. Sull'istituto della *bonorum distractio*, sulle sue applicazioni, nonché sulle ragioni della sua istituzione, vd. ancora utilmente S. SOLAZZI, *Un caso di distractio bonorum nel diritto romano classico*, in BIDR 16, 1904, 89 ss., che da parte sua pensa a ragioni di ordine economico (122); ID., *Il concorso 2* cit., 198 ss.; al riguardo e per un raffronto tra Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 27.10.5 e Ner. 1 *memb.* D. 27.10.9, vd. anche, con ampi riferimenti alla letteratura, V. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine della «bonorum distractio ex senatus consulto»*, in Labeo 22, 1976, 178 ss., il quale, proprio sulla scorta di Ner. 1 *memb.* D. 27.10.9, contesta l'ipotesi che vorrebbe attribuire al Senato l'emanazione di un (unico) provvedimento regolativo di carattere generale, pensando piuttosto all'adozione di singoli provvedimenti autorizzativi da accordarsi di volta in volta a seconda del singolo caso, come dovrebbe desumersi anche dall'impiego del termine *beneficium* nell'appena citato brano di Nerazio (192 s.); M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in TSDP 4, 2011, 29 s.; V. CARRO, *Sulla sussidiarietà della iurisdictio e dell'intervento statale nel processo esecutivo romano*, in Erga-Logoi 5, 2017, 139 s.

⁸² In questo senso ci limitiamo a segnalare ACCARIAS, *Théorie* cit., 330 nt. 1; SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 89; D'ORS, *Replicas Panormitanas IV* cit., 8 e ivi nt. 12; ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54 e ivi nt. 158; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 224 e ivi nt. 130. Non si pone il problema, ma mostra di non avere dubbi sul ricorso alla procedura della *bonorum venditio*, ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229.

⁸³ Così SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 89, il quale fa in più notare come la vendita dei beni da parte dei creditori («bona a [...] creditoribus distracta sunt») non sarebbe coerente con i meccanismi di funzionamento della *b. distractio*, i quali prevedevano che della vendita si occupasse un curatore, senza che i creditori fossero peraltro «immessi nei beni»; in senso contrario, guardando perlomeno alla sostanza del pensiero dell'autore, ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5* cit., 324, che suggerisce un accostamento con la procedura di cui in Iul. 47 dig. D. 42.7.5: in proposito vd. *infra* nt. 85.

⁸⁴ Sulla possibilità di ricorrere, previo accordo dei creditori, alla *distractio bonorum* anche al di là dei casi espressamente previsti (*ex edicto* o *ex senatus consulto*), vd., per la tesi affermativa, UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss* cit., 20 e ivi nt. 57; SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 198; ID., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli 1940, 68 ss., con analisi della procedura; G.E. LONGO, v. 'Esecuzione forzata (diritto romano)', in Noviss. dig. it. 6, Torino 1960, 720 s.; una cauta apertura si registra anche in P. VOICI, v. 'Esecuzione forzata (dir. rom.)' cit., 429, il quale da altro punto di vista si dichiara contrario alla possibilità di un ricorso alla *bonorum distractio (ex edicto)* a favore di pupilli e furiosi; SCARANO USSANI, *Diritto e politica* cit., 178 nt. 1; A. GUARINO, *Diritto privato romano*,⁹ Napoli 1992, 266 nt. 20.7; più recentemente CARRO, *Sulla sussidiarietà* cit., 139 s. Una presa di posizione di segno contrario, in verità più nella forma che nella sostanza, si rinviene in ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5* cit., 313 ss., su cui vd. *infra* nt. seg.; in senso critico vd. P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, (Firenze 1990=) Cagliari 1993, 54 ss. («nebulosa *distractio ex privato consilio*»); dubbi («Le poche fonti in merito [...] non hanno forza probatoria») anche in V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*, in Labeo 39, 1993, 327 e ivi nt. 28, per il quale si sarebbe comunque trattato di vicenda estranea all'ambito giudiziario in senso stretto.

⁸⁵ Iul. 47 dig. D. 42.7.5 *Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus curatorem habeat, sed bona debitoris una cum curatore vendere*

Amnesso un intervento del genere, non si può però davvero credere che gli stessi compilatori non si siano poi preoccupati di adeguare il caso alle specificità della nuova procedura esecutiva. Non sempre gli studiosi sembrano aver però riflettuto attentamente sulla questione. Di qui i vari equivoci interpretativi che ne sono scaturiti. L'ambiguo modo di esprimersi del brano *'heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt et pecuniam (quae ex aestimatione partis tertiae fiebat) mulier accepit'* ha favorito l'idea che a consegnare la somma di denaro fossero stati i creditori.⁸⁶

Congettura, questa, che più di tutte rafforzerebbe l'ipotesi di una vicenda negoziale (diciamo pure contrattuale in senso lato). Basti considerare che si tratterebbe di soggetti da ritenersi da ogni punto di vista terzi rispetto all'erede (anche *iure honorario*) e, come tali, del tutto estranei alle vicende connesse al legato: di qui appunto l'idea di un rapporto formato-*si ex novo* in base a libero accordo tra le parti.⁸⁷

Non si è però considerato che l'attività gestionale che si vorrebbe attribuire ai creditori non è coerente col ruolo che questi erano chiamati a svolgere nell'ambito della più antica procedura della *bonorum venditio*.⁸⁸ Né d'altra parte ci sono elementi per ipotizzare la con-

poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrabantur, omnibus pro portione praestarentur. Sul brano di Giuliano e per un riferimento qui all'istituto della *bonorum distractio* vd. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht* cit., 299 nt. 2; UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss* cit., 20 nt. 57; soprattutto SOLAZZI, *Il concorso* 3 cit., 68 ss., con letteratura (in particolare 76 nt. 1); SCARANO USSANI, *Diritto e politica* cit., 178 nt. 1; M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (Paulus l. XXXII ad ed.)*, in RIDA 45, 1998, 365 ss.; ID., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid 2000, 256 ss.; V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, Torino 2018, 85. Non molto diversa nella sostanza la posizione di ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 cit.*, 322 ss., il quale, a dispetto di certe affermazioni iniziali che parrebbero muovere in una direzione opposta, finisce in realtà per ammettere un'ipotesi di *bonorum distractio*, seppur limitatamente alla vendita di merce deperibile, nel presupposto che si trattasse di procedura avviata nei confronti di un commerciante fallito («Si assiste [...] al sorgere di una nuova forma di procedimento esecutivo [...] evolventesi dalla *bonorum venditio* [...] Solo in questo senso, la *distractio* si estende oltre i casi previsti; anzi, una nuova forma di *distractio* può coesistere accanto a quella dei senatoconsulti»): nuova procedura che, sempre a detta dell'autore, troverebbe applicazione anche e proprio nel brano di Giavoleno qui esaminato («a questo procedimento accenna anche un altro passo [...] il fr. 19.5.10»). Sul significato da attribuire all'espressione *foro cedere* adoperata nel brano di Giuliano vd. A. CASSARINO, *Riflessioni sulla nozione di 'foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato*, in TSDP 7, 2014, 1 ss., 13 ss.

⁸⁶ In questi termini già Stefano in sch. 1 a Bas. 16.5.6 (Lingenth. Suppl. 109) '[...] τὸς δὲ δα-νειστὰς [τοῦ] κληρονόμου ἀντὶ τοῦ οὐσουφροῦκτου τοῦ μέρους τῆς οὐσίας νόμισματα δεδ-ωκένας κατὰ τὸν τοῦ οὐσουφροῦκτου λόγον τῷ λεγαταρίῳ'; tra gli studiosi moderni vd. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; SANTORO, *Studi* cit., 233; D'ORS, *Replicas Panormitanas* IV cit., 8 s.; BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit., 9 nt. 3; SELB, *Formulare Analogien* cit., 754; I. REICHARD, *Stipulation und Custodiahftung*, in ZSS 107, 1990, 55 nt. 43, che d'altra parte non esclude neppure una consegna da parte del *bonorum emptor* («von dem *bonorum emptor* oder von den Gläubigern»): negli stessi termini anche ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229; pensa ai soli creditori SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39.

⁸⁷ In questo senso per l'appunto ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229.

⁸⁸ Più in generale sulla procedura della *bonorum venditio* non si può prescindere da SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 1 ss., 61 ss. (per la parte relativa alla *venditio* vera e propria); al riguardo vd. anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 306 ss.; BISCOTTI, *Curare bona* cit., 16 ss., con particolare attenzione alla figura del *curator bonorum*; PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine* cit., 1 ss.; A. CORBINO, *La morte civile dell'insolvente. Il procedimento della bonorum venditio secondo l'interpretazione ciceroniana*, in A. LANDI, A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della*

clusione di un accordo maturato prima dell'avvio della procedura esecutiva vera e propria: quasi che la donna avesse accettato di rinunciare all'usufrutto in cambio della somma di denaro.⁸⁹ Non si riesce davvero a comprendere, da questo punto di vista, quale vantaggio avrebbero in concreto ricavato i creditori da un'operazione del genere. Se è vero che ciò li avrebbe messi nella condizione di procedere alla vendita dell'eredità senza il peso dell'usufrutto, che avrebbe potuto scoraggiare potenziali acquirenti,⁹⁰ non si può però al tempo stesso non considerare che il pagamento di una somma di denaro corrispondente a un terzo dell'intero valore dell'eredità li avrebbe costretti a un esborso di denaro immediato e certo, a fronte di un vantaggio invece del tutto incerto sia sull'*an* sia sul *quantum*. Senza contare il rischio, cui si sarebbero incautamente esposti, di non veder tornare indietro la somma di denaro alla morte della donna, non avendo d'altra parte garanzie di riuscire a rivalersi, peraltro solo *pro portione* (Gai 2.155), sul patrimonio di quest'ultima o dei suoi eredi. Una tale proposta non tiene in ogni caso conto del fatto che il brano, nella sua attuale formulazione, colloca la consegna della somma di denaro in un momento successivo alla procedura esecutiva (*bona ab eius creditoribus [distracta] <vendita> sunt et pecuniam [...]*).⁹¹

Ciò spiega il motivo per cui altri studiosi abbiano diversamente pensato a una consegna da parte del *bonorum emptor*.⁹² Ipotesi alla quale riteniamo si debba aderire, per lo meno nel suo impianto complessivo. Quanto alla sua formulazione concreta non vi è invece ragione (o per meglio dire necessità) di credere che la consegna della somma di denaro a titolo di usufrutto fosse stata prevista come obbligo da un'apposita clausola della (c.d.)⁹³ *lex bonorum vendendorum*.⁹⁴ Esiste una spiegazione tutto sommato più semplice. Bisogna infatti tenere presente, lo si è già detto, che la disposizione del testatore aveva assunto la forma del *legatum partitionis*, seppur declinato nella prospettiva particolare del legato di usufrutto. E proprio con riferimento al *legatum partitionis* sappiamo che si era aperta una disputa che aveva visto schierarsi su fronti opposti i giuristi delle due scuole. Da un lato i Sabiniani, con Sabino e Cassio, convinti che l'erede fosse tenuto a pagare l'*aestimatio* della *pars legata*; dall'altro i Proculeiani, con Proculo e Nerva, per i quali l'erede avrebbe dovuto

cultura giuridica. I. *La prospettiva storica*, Torino 2016, 139 ss.; CARRO, *Autorità pubblica* cit., 72 ss.

⁸⁹ Un'apertura in tal senso (lo si è visto) si registra in ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54 nt. 159; così, ma in una prospettiva che, come si è appena detto (nt. 86), non esclude una consegna da parte del *bonorum emptor*, REICHARD, *Stipulation* cit., 55 nt. 43 («die Übereignung des Geldes durch *bonorum emptor* bzw. Gläubiger erfolgte nur im Austausch gegen den Verzicht auf das Nießbrauchsrecht an dem Nachlaßdrittel selbst»).

⁹⁰ In questo senso ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54 nt. 159, in un ordine di idee che tende tuttavia a privilegiare l'ipotesi di una consegna da parte del *bonorum emptor*; ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 112 nt. 229.

⁹¹ In questo senso già SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 89 s. («la consegna [...] è posteriore alla vendita dei beni»); da ultimo GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 233 s.

⁹² Tra questi SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 90 s.; ECKARDT, *Iavoleni Epistulae* cit., 54; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 234 s.; in senso contrario D'ORS, *Replicas Panormitanas IV* cit., 8 nt. 15, per il quale non si spiegherebbe il mancato impiego della *condictio* se a consegnare la *summa aestimationis* fosse stato lo stesso *bonorum emptor*.

⁹³ La denominazione, com'è noto, non si trova nelle fonti, ma è ricavata da PT. 3.12 pr.

⁹⁴ Così SOLAZZI, *Il concorso 2* cit., 90 s.; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 235, («dem *bonorum emptor* hier durch die *lex bonorum vendendorum* auferlegt wurde, die [...] Ästimationssumme an die Frau zu zahlen»).

piuttosto prestare le *partes rerum*,⁹⁵ nel presupposto che questo fosse l'oggetto del legato (*Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt*).⁹⁶ L'esigenza di risolvere tale contrasto avrebbe portato all'emersione di una soluzione di compromesso che avrebbe attribuito all'erede una sorta di *ius eligendi*, da esercitarsi però secondo precisi e rigorosi criteri, che imponevano di tener conto della possibilità di giungere o meno, senza pregiudizio, a una *divisio rerum* dei singoli beni ereditari.⁹⁷

Di ciò ci informa Pomponio in

D. 30.26.2 (Pomp. 5 *ad Sab.*) *Cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an aestimatio debeatur, Sabinus quidem et Cassius aestimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt: sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est.*

E di *ius eligendi* si torna a discutere, in termini apparentemente ancora più ampi, anche in Scaev. 15 *dig.* D. 33.2.32.8, ove, peraltro, è presa in considerazione proprio un'ipotesi di legato di usufrutto *tertiaie partis*:

D. 33.2.32.8 (Scaev. 15 *dig.*) *Usus fructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat: quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. respondit heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis usum fructum praestare vellet.*

L'opinione tuttavia prevalente è che ad attribuire tale *ius eligendi* all'erede sarebbero stati i bizantini, tanto in Scaev. 15 *dig.* D. 33.2.32.8,⁹⁸ quanto in Pomp. 5 *ad Sab.* D.

⁹⁵ In relazione al significato da attribuire all'espressione *rerum partes praestare, dare* vd. A. AUDIBERT, *Nouvelle Étude sur la formule des actions familiae eriscundae et communi dividundo*, in RHD 28, 1904, 677, per il quale essa non farebbe riferimento a una divisione materiale, come si sarebbe soliti ritenere, ma a un trasferimento di quote in modo da rendere il legatario comproprietario dei beni; negli stessi termini vd. anche STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 358 («nach den Prokulianern mußte der Erbe dem Legatar an den körperlichen Erbschaftssachen das Miteigentum übertragen (*rerum partes*)»; sempre nel senso di un trasferimento di una quota dei diritti dell'erede vd. VOGLI, v. '*Legato (dir. rom.)*' cit., 708.

⁹⁶ In proposito vd. BIONDI, *Successione*² cit., 441; COLI, *Lo sviluppo (Scritti 1)* cit., 129 nt. 18; METRO, *Il legatum partitionis* cit., 321 ss.; H.J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, 77. Su quale dei due indirizzi debba ritenersi più risalente vd., per quello sabiniano, COLI, *Lo sviluppo (Scritti 1)* cit., 129 nt. 18; per quello procleiano METRO, *Il legatum partitionis* cit., 321 ss., il quale da un lato invoca Paul. 9 *ad Plaut.* D. 30.27, nel presupposto che il contenuto della testimonianza, che presenterebbe il regime della *divisio rerum* come «normale», sia riferibile all'epoca di Plautio, dall'altro fa osservare come, a seguire la tesi di Coli, «non si spiegherebbe l'esistenza (e la grande importanza) delle *stipulationes partis et pro parte*»; nello stesso ordine di idee WIELING, *Testamentsauslegung* cit., 77; sulla questione e per una risalenza della prassi (per così dire) estimatoria già all'età repubblicana vd., più recentemente, G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien-Köln-Weimar 2019, 210 s., il quale chiama in tal senso Cic., *pro Caec.* 15 e Cic., *leg.* 2.51, 53.

⁹⁷ Il che vuol dire che in concreto avrebbero potuto darsi casi di attuazione del legato in forma mista: in parte per *divisio rerum*, in parte per *aestimatio*, a seconda della natura dei singoli beni facenti parte dell'eredità.

⁹⁸ Così J. RUDORFF, *Die Grabinschrift der Murdia*, in ZRG 9, 1870, 308 nt. 33; COLI, *Lo sviluppo*

30.26.2.⁹⁹ La giurisprudenza classica sarebbe rimasta ferma sulle contrastanti posizioni documentate nel brano di Pomponio.

Non è certo qui possibile né in effetti necessario provare ad affrontare un tema così delicato. Pur a voler ammettere la genuinità sostanziale della soluzione compromissoria documentata da Pomponio,¹⁰⁰ assegnandole un valore processuale più che sostanziale,¹⁰¹ diffi-

(*Scritti* 1) cit., 129 nt. 18; SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 90 nt. 2 («Questa facoltà [...] probabilmente non è classica»); METRO, *Il legatum partitionis* cit., 321. In difesa del testo vd. F. MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto* cit., 93 ss.; per la classicità del principio vd. anche BIONDI, *Successione*² cit., 441 nt. 2, che pure imputa a Giustiniano l'attribuzione di analogo *ius eligendi* in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 30.26.2.

⁹⁹ Così, e per l'origine compilatoria di tutta la seconda parte del brano, a partire dalle parole *Sed oportet heredi succurri*, RUDORFF, *Die Grabinschrift* cit., 308 nt. 33; COLI, *Lo sviluppo* (*Scritti* 1) cit., 129 nt. 18; BIONDI, *Successione*² cit., 441 s.; («l'interpolazione può dirsi sicura») GROSSO, *I legati*² cit., 142, 274, il quale da parte sua si pronuncia per una prevalenza dell'indirizzo sabiniano; con giudizio egualmente netto («alla [...] genuinità [...] nessun romanista crede più») METRO, *Il legatum partitionis* cit., 320 s.; STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 358 nt. 5; VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes* cit., 838; così in sostanza anche SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 90 nt. 2. In senso contrario MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto* cit., 93 ss., per il quale ad essere bizantina sarebbe la sola chiusa '*In his tamen praestanda est*', partendo dall'assunto (opposto) per cui la scelta dell'erede all'epoca di Pomponio non avrebbe incontrato alcun limite, secondo quanto dovrebbe desumersi da Scaev. 15 *dig.* D. 33.2.32.8. Non avanzano rilievi su nessuno dei due segmenti del discorso KNIEP, *Die Mora* 2 cit., 279; AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 677 s. nt. 1; M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in BIDR 19, 1907, 127 e ivi nt. 15; CZYHLARZ, *Lehrbuch* cit., 350; più recentemente neppure L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa. La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, in BIDR 103-104, 2000-2001 (pubbl. 2009), 208, che anzi parla di «criterio jurisprudencial mayoritario»; prende espressamente posizione in difesa del testo Y. GONZÁLES ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014, 105 nt. 61; da ultimo ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 211, che anzi loda i vantaggi della soluzione prospettata da Pomponio, per sua la capacità di risolvere i diversi inconvenienti che le due contrapposte visioni teoriche rischiavano in concreto di determinare.

¹⁰⁰ Deve ritenersi invece del tutto improbabile l'ipotesi di uno *ius eligendi* non soggetto a restrizioni formulata da MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto* cit., 95 ss., con rilievi sul piano della forma non così decisivi e non tutti da accogliere («Si notino le erronee costruzioni» «in his...rebus-partem», «heres conceditur», «vel-sint, vel-potest», il «sin autem, l'«omnimodo»). Ciò vale certamente per il passaggio '*in his rebus partem*' che deve essere letto nel contesto della frase, nella sua interezza: *In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt*, dal quale risulta evidente che siamo in presenza di un impiego in funzione prolettica dell'inciso *In his tamen rebus* rispetto al soggetto della successiva proposizione relativa. Lo stesso sembra potersi affermare per l'impiego di *omnimodo* (meglio: *omni modo*) impiegato nel senso di: 'in ogni caso', 'comunque', con un significato del tutto coerente col principio affermato nel brano e assai ricorrente nelle fonti: (largo è l'uso che ne fa Gaio: vd. Gai 1.115, 1.185, 1.127, 1.167, 2.60, 2.138, 2.142, 2.143, 2.153, 2.157, 3.58, 4.66, 4-101, 4.117, 4.155, 4.178, 4.180). Indubbiamente scorretto è invece il costruito *heres conceditur* segnalato dall'autore: ma potrebbe semplicemente dipendere da un errore di trascrizione o di scioglimento di sigla o ancora da una sostituzione del predicato verbale rispetto a un originario '*heres potest*'.

¹⁰¹ Il modo di esprimersi del giurista (*Sed oportet heredi succurri*) invita peraltro a pensare a un risultato da conseguirsi *iure praetorio*. A questo proposito è appena il caso di ricordare come l'impiego del verbo *succurrere* sia regolarmente associato a interventi pretori da accordarsi in via equitativa: ciò anche negli usi giustiniane (I. 2.19.5 '*nam huius aetatis hominibus sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit*'; I. 4.6.33 '*huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur si lapsus iuventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori viginti quinque annis succurrebatur*'; I. 4.14.4 '*qua ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit, proinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset,*

cilmente essa potrebbe ritenersi già operante all'epoca in cui Giavoleno si trovava a scrivere.¹⁰² Anche quanti propendono per la classicità della regola sono sostanzialmente concordi nel fissarne l'origine, o comunque una sua stabile applicazione, solo ai tempi di Pomponio,¹⁰³ ventilando anzi l'ipotesi che ad elaborarla fosse stato proprio il giurista antoniniano.¹⁰⁴

ne ab eis ea pecunia peteretur). Per Gaio si vedano Gai 2.163 *'nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit'*; Gai 4.57 *'facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit'*. Frequenti sono peraltro espressioni del tipo *succurri oportet* o *debet*. Per la prima vd., in aggiunta ovviamente a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 30.26.2, Marcell. 3 *dig.* D. 4.1.7.1 *'[...] etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere solet, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio aequitatis postulat'*; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.5 *'poterit dici praetorem ei succurrere oportere'*; Tryph. 3 *disp.* D. 4.4.37.1 *'et cum neque in delictis neque calumniatoribus praetorem succurrere oportere certi iuris sit, cessabit in integrum restitutio'*; Ulp. 34 *ad ed.* D. 24.2.5 *'non enim minus patri quam marito succurrere praetorem oportet'*; Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.6.1.11 *'sed et directis credo praetorem succurrere oportere, ut inventu suo tueatur eorum libertatem'*; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.8.1.9 *'Iulianus ait nepoti in locum filii adoptato succurri oportere, ut quasi filius portionem habeat'*; Ulp. 22 *ad ed.* D. 46.1.27 pr. *'Si plures sint fideiussores, unus pure, alius in diem vel sub condizione acceptus, succurri oportet ei, qui pure acceptus est'*. Per la seconda si vedano Iul. 2 *dig.* D. 2.10.3.3 *'Si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit quo minus ad iudicium veniret: neutri eorum praetor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando'*; Ulp. 11 *ad ed.* 4.4.3.4 *'Sed utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum [...] quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus'*; Paul. 30 *ad ed.* D. 15.1.43 *'Labeo ait etiam eius peculii nomine, quod apud emptorem quaesierit, damnari te debere nec succurrendum tibi'*; Pomp. 1 *sen. cons.* D. 16.1.32 pr. *'Si mulier hereditatem alicuius adeat, ut aes alienum eius suscipiat, vix est, ut succurri ei debeat'*; Pap. 29 *quaest.* D. 35.2.11.3 *'quaesitum est, utrum aeri alieni loco pars dimidia abscederet, ut residua sola videretur fuisse in bonis, an vero succurri heredi necessarium esse videbitur. sed videtur succurri debere'*; Gai. 2 *fideic.* D. 36.1.65.14 *'Si quis bonorum possessoris fidei commiserit de hereditate restituenda et is passus fuerit diem bonorum possessionis adgnoscentiae transire aut per hoc tempus, quo is, cui restitui debebit hereditas, aliqua ex causa non potuit adire praetorem et postulare, ut petita bonorum possessione restituatur sibi hereditas, succurri ei debet, id est ut restituatur tempus bonorum possessionis admittendae exhibendi fideicommissi gratia'*; Iul. 25 *dig.* D. 38.2.20.4 *'quaero, utrum patrono adversus substitutum in partem debitam praetor an emancipato filio in totam hereditatem succurrere debeat'*; Iul. 26 *dig.* D. 38.5.8 *'Sed si minori quam viginti quinque annis natu filio familias crediderit, causa cognita ei succurri debet'*. Assai interessante al riguardo si rivela, proprio in materia di legati, Gai. 3 *de leg. ad ed. prov.* D. 35.2.80.1 *'haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali'*.

¹⁰² Per una datazione delle *epistulae* intorno inizi del II sec., al termine dell'attività politica di Giavoleno, conclusasi nel 103 con il proconsolato della provincia d'Africa, vd. G. VIARENGO, *I destinatari delle lettere di Giavoleno*, in *Annali Genova* 20, 1984-1985, 222 e ivi nt. 4, a giudizio della quale si tratterebbe comunque di opera più recente rispetto ai *libri ex posterioribus*: così lav. 7 *epist.* D. 28.5.65; della stessa autrice vd. pure, anche per un quadro biografico del giurista, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, estratto da *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X.1, 1980, 3 ss., 35 ove più genericamente si parla di opera «scritta nella piena maturità»; ID., *Sulle tracce della recitatio* in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPÀ, B. SORO, (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli 2005, 498.

¹⁰³ MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto* cit., 95.

¹⁰⁴ Così KNIEP, *Die Mora* 2 cit., 279, con la precisazione che si sarebbe trattato di opinione destinata a diventare dominante; G. LE BRUN, *Du legs partiaire en droit romain*, Paris 1886, 16; per un'attribuzione a Pomponio vd. più di recente ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 211.

Stando così le cose è ragionevole orientarsi per una consegna fatta in applicazione, per così dire, dell'indirizzo interpretativo sabiniano, rispetto al quale difficilmente Giavoleno avrebbe trovato qualcosa da ridire.¹⁰⁵ Si potrebbe in verità anche pensare che la decisione di procedere alla costituzione dell'usufrutto sull'*aestimatio tertiae partis*, anziché sulle *partes rerum*, fosse stata oggetto di apposito accordo. Del resto non è insensato ritenere che, di fronte alla mancanza di un chiaro quadro normativo e interpretativo di riferimento, legatari ed eredi fossero soliti ricercare un'intesa sulle modalità di attuazione del legato, in modo da prevenire il sorgere di eventuali controversie giudiziali che certo non avrebbero giovato a nessuno.¹⁰⁶ Di ciò siamo a ben vedere indirettamente informati da

D. 30.27 (Paul. 9 *ad Plaut.*) *Potest autem heres <in>¹⁰⁷ paucioribus vel in una re relictam partem legatario dare, in quam vel legatarius consenserit vel iudex aestimaverit, ne necesse haberet¹⁰⁸ legatarius in omnibus rebus vindicare portionem.*

testimonianza ben nota e che ha attirato anch'essa su di sé diverse critiche, soprattutto per via del modo di esprimersi di Paolo nella parte conclusiva, con quel riferimento al *vindicare portionem* che a molti è parso in contrasto con la natura del *legatum partitionis*, produttivo di effetti solo obbligatori¹⁰⁹ e piuttosto in linea col diritto giustiniano che avreb-

¹⁰⁵ In questo senso, tra le righe, ACCARIAS, *Théorie* cit., 330 s. nt. 2; di sfuggita anche SOLAZZI, *Il concorso* 2 cit., 90 nt. 2; seppur genericamente, una relazione tra la consegna dell'*aestimatio* e la tematica del *legatum partitionis* si trova posta già in STIEGLER, v. *Partitio legata* cit., 1045, per quanto, l'autore, come si è osservato (*supra* nt. 74), fosse scettico sull'ammissibilità di un *legatum partitionis ususfructus*; recentemente esclude un rilievo del brano al riguardo ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 210 nt. 292, ma con una motivazione che non sembra tener conto della specificità della procedura esecutiva adottata («Unergiebig ist der bei Javolen D. 19.5.10 [...] geschilderte Fall [...] Dieses drittel wird hier zwar in Geld zur Nutzung überlassen, doch wurde das Vermögen zuvor ohnehin von den Gläubigern liquidiert»).

¹⁰⁶ In questo senso, e con riferimento all'ipotesi di pagamento dell'*aestimatio* delle *partes rerum*, vd. T.G.L. MAREZOLL, *De partitionis legato selecta capita*, Lipsiae 1858, 12; STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 358 nt. 11 («war jedenfalls mit Einverständnis des Legatars auch die Leistung des Schätzwertes an Stelle der Übertragung des dinglichen Rechts zulässig»).

¹⁰⁷ Da integrarsi: così giustamente già TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini 1870, 5 nt. 4; AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 677 nt. 2; con dubbi STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 357 e ivi nt. 1; in senso contrario KNIEP, *Die Mora* 2 cit., 279 e ivi nt. 11, il quale peraltro proponeva di leggere *imo* al posto della preposizione *in* che precede le parole *'una re'*; critico STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 357 nt. 1.

¹⁰⁸ Si legge *habet* nell'edizione aloandrina; ipotizza con cautela («fortasse») un originario *habeat* MAREZOLL, *De partitionibus legato* cit., 11 nt. 2.

¹⁰⁹ In questo senso e per la fattura bizantina del brano vd. già MAREZOLL, *De partitionis legato* cit., 11; RUDORFF, *Die Grabinschrift* cit., 308; AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 677 s. nt. 2; COLI, *Lo sviluppo (Scritti 1)* cit., 140 nt. 60. Fanno eccezione MAYER, *Die Lehre* cit., 36 nt. 4; ORMANNI, *Penus legata* cit., 614 e ivi nt. 63, che vede così confermata l'idea di un legato con efficacia potenzialmente ambivalente, da definirsi di volta in volta. Provano a risolvere la questione ipotizzando un uso generico e non tecnico dell'espressione *vindicare portionem* da parte del giurista severiano KNIEP, *Die Mora* 2 cit., 279 e ivi nt. 12 («vindicare hat [...] die allgemeine Bedeutung in „Anspruch nehmen“»); BIONDI, *Successione*² cit., 441 nt. 3; così parrebbe tra le righe ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 211, il quale d'altra parte non muove rilievi sulla classicità del brano. Si pronuncia per la genuinità della testimonianza di Paolo, ma più per gli aspetti che riguardano la questione dello *ius eligendi*, METRO, *Il legatum partitionis* cit., 322 s. e ivi nt. 88, il quale invoca anzi il brano a sostegno dell'origine bizantina della soluzione documentata in Pomp. 5 *ad*

be ammesso un impiego generalizzato della rivendica in favore del legatario (C. 6.43.1).¹¹⁰

Essa dimostra, in ogni caso, come non fosse per nulla inusuale che erede e legatario stabilissero in via convenzionale le modalità con cui dare attuazione al legato.¹¹¹ Nulla di strano che ciò possa essere avvenuto anche in lav. 13 *epist.*, con la differenza che, per il sovrappiungere della procedura esecutiva, l'accordo sarebbe stato qui concluso con il *bonorum emptor*, in qualità di successore universale, *iure praetorio*, dell'erede. In quest'ottica si potrebbe forse anche provare ad attribuire un significato più pregnante all'impiego del verbo *accipere*, quasi che il giurista intendesse sottolineare la volontà della donna di accettare, a titolo di usufrutto (*mulier accepit*), la somma di denaro offertale (dal *bonorum emptor*) in luogo della quota patrimoniale disposta dal defunto.

Quanto alla sostanza, deve dirsi che, a dispetto di ciò che si potrebbe essere indotti a ritenere, non sembra che dall'adesione a una delle due ipotesi possano discendere significative implicazioni per ciò che riguarda la soluzione adottata da Giavoleno. Anche nell'eventualità di una decisione consensuale è difficile prospettare una relazione tra la concessione dell'*a. in factum* e il tema, in senso lato, della tutela dei *nova negotia*.¹¹² Per farlo bisognerebbe prendere in considerazione la possibilità che un tale accordo avesse l'effetto e la capacità di modificare il fondamento del *teneri actione* del *bonorum emptor*, quasi che alla base della consegna della somma di denaro e del connesso diritto di usufrutto non stesse più il legato, ma l'accordo stesso. Di ciò è lecito dubitare.¹¹³

Con la prudenza che sempre occorre adottare in questi casi, rimane la constatazione che, tra le quelle prese sino ad ora in considerazione, l'eventualità di una consegna da parte del *bonorum emptor* al termine della procedura esecutiva è quella che pare meglio adattarsi alla vicenda affrontata da Giavoleno, nel senso che offre il quadro complessivamente più

Sab. D. 30.26.2; sempre per la genuinità della chiusa vd. STIEGLER, *Vindicare portionem* cit., 358 ss., il quale semmai avanza sospetti sull'inciso '*vel iudex aestimaverit*' presente nel tratto immediatamente precedente: quanto invece al verbo *vindicare*, più che pensare a un impiego generico, l'autore vi intravede piuttosto un riferimento alla *in iure cessio*, quale strumento da impiegarsi ai fini della cessione delle quote, richiamando in proposito Gai 2.96 e soprattutto Tit. Ulp. 19.10 '*vindicat, is cui ceditur*'.

¹¹⁰ Così AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 677 s. nt. 2; sulla questione vd., per una panoramica generale e con conclusioni differenti, VOGLI, v. '*Legato (dir. rom.)*' cit., 718 s.

¹¹¹ Anzi, al contrario, talmente usuale (e si potrebbe anche dire ovvio) da indurre G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 46, 1926, 274, a considerare la precisazione una banalità: «Daß der Erbe so verfahren kann (wenn der Legatar damit einverstanden ist) und daß dies Verfahren unter Umständen zweckmäßig ist, ist eine allzu triviale praktische Weisheit». Di qui l'ipotesi di un'origine glossematica, supportata da rilievi di tipo formale («Potest-dare ist ein stümperhafter und unlateinischer Ausdruck des Gedankens»).

¹¹² Eventualità che ovviamente è esclusa alla radice nel caso di decisione assunta dal *bonorum emptor* in assoluta autonomia.

¹¹³ Diversamente, anche se con una riflessione più specificamente calibrata sugli accordi tra erede e legatario parziario, ma che naturalmente non potrebbe che valere anche per le ipotesi di convenzioni concluse con il *bonorum emptor*, quale successore universale dell'erede escusso, MAREZOLL, *De partitionis legato* cit., 12, il quale, più nello specifico, pensava a una sorta di negozio misto, in parte *emptio venditio* («habet huiusmodi conventio partim transactionis naturam quoniam dubius et incertus est stipulationum partis et pro parte exitus, partim emtionis (sic) et venditionis naturam, quoniam legatarius jus hereditatis partem et bonorum divisionem exigendi, certo interposito pretio, heredi vendit. Quod si factum est, certe omnes stipulationum partis et pro parte evitantur ambages. Nec dubitari potest, quin talis conventio, sive transactionem, sive venditionem appellare velimus, recte fiat et utiliter»), con una proposta ricostruttiva che non sembra aver avuto seguito in dottrina e che non pare potersi condividere.

verosimile o, se si preferisce, meno improbabile: sia che si voglia pensare a una decisione assunta in via del tutto unilaterale dal *bonorum emptor* e di fatto accettata dalla donna, ma al di fuori di una dinamica propriamente consensuale;¹¹⁴ sia che ci si orienti per un vero e proprio accordo con la vedova nei termini e col significato di cui si è però detto.

Non sembra vi siano invece margini per ritenere che a consegnare la somma di denaro a titolo di usufrutto fosse stato lo stesso erede: per lo meno non una volta che si è respinta la possibilità di un impiego qui della *bonorum distractio*.¹¹⁵ Per mantenere in piedi una tale ipotesi interpretativa si dovrebbe immaginare un caso di *bonorum venditio* c.d. con residuo, con le difficoltà che ciò comporta, tenuto conto che sulla configurabilità di un residuo attivo (nell'ambito di una procedura come la *b. venditio*) e soprattutto sulla possibilità che questo andasse restituito al debitore escusso (qui l'erede) esiste, com'è noto, grande incertezza tra gli studiosi.¹¹⁶

I non pochi dubbi che ancora permangono sulla ricostruzione esatta della fattispecie, ma anche sulle ragioni dogmatiche che stavano alla base della decisione di Giavoleno, non sono comunque tali da mettere in discussione il fatto che egli stesse qui suggerendo l'impiego di un'azione *in factum (concepta)*¹¹⁷ da adoperarsi in funzione ripetitiva, non diver-

¹¹⁴ La differenza tra le due fattispecie è ben rappresentata, seppur in termini che guardano più in generale al *legatum partitionis*, senza specifico riferimento a sue applicazioni in materia di usufrutto, in MAREZOLL, *De partitionis legato* cit., 12 s., il quale con riferimento al brano di Pomponio osserva: «Verum ea [...] causa longe alia est. Agit enim non de conventionem heredis et legatarii, sed de jure, quod soli heredi conceditur, aestimationem pro ipsa rerum hereditarium partitione legatario, etiam invito ita obtrudendi, ut legatarii consensus prorsus non requiratur».

¹¹⁵ Non lo escludeva, anche con riferimento al caso preso in esame da Giavoleno, SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 464, in un ordine di idee che, come si è osservato, non avanzava però sospetti sul ricorso alla *distractio bonorum* («Dabei ist nicht angegeben, ob die Zahlung von den Gläubigern oder von den Erben geleistet worden»).

¹¹⁶ Per la tesi negativa, con dubbi sulla stessa compatibilità tra *bonorum venditio* e formazione di un residuo («non è forse il procedimento più atto a far sì che si ottenga un avanzo»), vd. SOLAZZI, *Un caso* cit., 89 ss., per il quale tutti i casi indicati in dottrina avrebbero a che fare in realtà con ipotesi di *distractio bonorum*; ID., *Il concorso* 2 cit., 115 ss.; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 310 e ivi nt. 20. Per la positiva vd. invece H. DERNBURG, *Ueber die emptio bonorum. Ein rechtshistorischer Versuch*, Heidelberg 1850, 151 e ivi nt. 7, che pensa a una pretesa da farsi valere dal *magister bonorum* nei confronti del *b. emptor*, mediante *a. ex empto (ex vendito?)*, o in via utile dallo stesso debitore, senza escludere l'ipotesi di una *cessio actionis*; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain. Tome second*,² Paris 1872, (§ 483) 174; più recentemente VOICI, v. 'Esecuzione forzata (dir. rom.)' cit., 426 s. e ivi nt. 44, con richiamo a Scaev. *l. s. quaest. publ. tract.* D. 36.1.81(79), Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.11, Paul. 58 *ad ed.* D. 42.5.6 pr.; sempre per la tesi positiva vd., con resoconto delle differenti posizioni emerse in dottrina, P. ORSO, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in SDHI 60, 1994, 261 ss., 289 s., per il quale l'esecutato avrebbe potuto esigerne il pagamento attraverso un'*a. negotiorum gestorum utilis* da intentarsi nei confronti del *magister bonorum*.

¹¹⁷ Per un impiego dell'azione pretoria in senso stretto vd. (in aggiunta agli autori indicati *supra* nt. 69) già CUJACIUS, *Recitationes solennes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera VII* cit., (*Ad L. X*) 1354 («in hac specie est actio in factum Praetoria»); così anche ACCARIAS, *Théorie* cit., 333 («action in factum proprement dicte, fondée sur la même idée d'équité et tendant au même but que la *condictio*»); DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 332; BIONDI, *Contratto* cit., 274; un'apertura per l'azione pretoria si registra, più recentemente, anche in GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 236, per quanto l'autore non si senta di escludere neppure l'ipotesi di un'azione incerta fittizia (con *factio cautionis*): «die Leistung der *cautio usufructuaria* in der Klagformel fingiert wurde; die *intentio* wäre dann auf *quidquid ... dare facere oportet* gerichtet». Sulla scorta di Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.4, pensava

samente da Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1: sempre che naturalmente si propenda, come siamo inclini a fare, per la genuinità della soluzione lì attribuita a Giuliano.

4. Per il resto bisogna dire che ci troviamo in presenza di applicazioni particolarissime, dalle quali sarebbe azzardato e forse anche arbitrario voler trarre conclusioni di carattere generale, anche per quanto riguarda il più specifico tema, dal quale si è partiti, della tutela delle convenzioni atipiche: troppo incerti sono infatti i punti di contatto per poter costruire qualcosa di solido al riguardo. Ciò vale in particolare per Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1,¹¹⁸ ma anche, a dire il vero, per Iav. 13 *epist.*, per il quale una credibile connessione col tema (in senso lato) delle vicende contrattuali atipiche potrebbe prospettarsi solo laddove si dovesse vedere nella consegna della somma di denaro a titolo di usufrutto l'attuazione di un apposito accordo intervenuto tra i creditori e la vedova, nella veste anch'ella, peraltro, di creditrice dell'erede. Ma non è questa, come si è visto, la ricostruzione più verosimile della vicenda portata all'attenzione del giurista sabiniano.

Da altro punto di vista non si può negare che entrambi i brani sollecitano perlomeno una riflessione sull'uso che dell'azione pretoria si faceva in materia di *nova negotia*. Il fatto cioè che, in particolari contesti operativi, come quelli presi qui in esame, l'azione fosse impiegata con le medesime finalità della *condictio* e dunque a scopo meramente ripetitivo, porta a interrogarsi se per caso ciò non potesse egualmente avvenire anche in materia di contratti innominati: prendendo così in considerazione l'eventualità che, almeno in talune sue applicazioni, essa potesse condurre a una eliminazione in senso stretto degli effetti economici prodottisi, più che a un soddisfacimento dell'interesse negativo,¹¹⁹ che rappresenta-

piuttosto a un'estensione pretoria (*in factum*) dell'*actio ad exhibendum* ERXLBEN, *De contractuum inno-minatorum* cit., 73 ss. È appena il caso di osservare come il richiamo a Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.4 non mostri una seria congruenza col caso qui esaminato, essendo in Ulp. 24 *ad ed.* affrontata la diversa questione di come tutelare il beneficiario di un legato puro di *certa pecunia* di fronte al comportamento dell'erede onerato che abbia dato esecuzione ad altro legato di pari importo, ma *sub condicione*, senza attendere il verificarsi della condizione e senza farsi prestare la *cautio fructuaria*. Denuncia l'assenza di elementi sufficienti per giungere a una sicura individuazione dei caratteri dell'azione SELB, *Formulare Analogien* cit., 754, per il quale la soluzione della questione è destinata a rimanere un enigma, per quanto l'autore, tra le varie ipotesi sembri non escludere un impiego, *in factum*, dell'*a. legis Aquiliae*, analogamente a Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13.2.

¹¹⁸ Per un diverso punto di vista vd. gli autori citati *supra* alla nt. 34.

¹¹⁹ Uno spunto in tal senso parrebbe potersi cogliere in DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 238, («[...] l'*a. in factum* che doveva avere larga applicazione, non è altro che azione diretta a ottenere il risarcimento del danno, valutato non già secondo il valore della controprestazione non ottenuta, ma secondo quello della prestazione eseguita; vale a dire mirante a reintegrare la parte adempiente nello stato patrimoniale anteriore, proprio come avrebbe fatto una *condictio* inammissibile e della quale l'*a. i. f.* è il surrogato: carattere ch'è appunto rivelato dall'ultima parte della l. 5 D. 19.5, dove appunto l'*a. i. f.* sostituisce la *condictio*»), per quanto alla fine l'autore sembrerebbe rimanere legato all'idea che vede nell'*a. in factum* uno strumento diretto al perseguimento dell'interesse negativo, almeno a voler argomentare dal rinvio fatto dallo studioso alle conclusioni prospettate nel primo volume, relativamente alla vicenda affrontata in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.5, per la quale egli pensava, appunto, all'impiego di un'azione *in factum* per l'interesse negativo (DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 237 s.), in coerenza del resto con quanto si legge nel brano *necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi*; spunti anche in M. SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1952, 238 s.; ID., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI (a cura di), *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 488 nt. 40, ove, con riferimento all'interpretazione dell'inciso *si*

va (almeno di regola) qualcosa in più rispetto al mero ed oggettivo riequilibrio economico, trattandosi piuttosto di una sua declinazione in chiave soggettiva.¹²⁰ Si tratta naturalmente di una mera ipotesi che andrebbe più attentamente indagata e che comunque, è bene ripeterlo, non può di per sé fondarsi sulle testimonianze qui esaminate. Rimane ovviamente escluso che l'azione potesse essere adoperata a fini di adempimento, con un impiego che, come si è anche qui ricordato,¹²¹ appare del tutto incoerente con le stesse premesse dogmatiche che stavano alla base della concessione dell'azione pretoria, la quale era appunto accordata nel presupposto che non ci si trovasse in presenza di una vicenda contrattuale: e non si vede davvero come, in mancanza di contratto, si potesse agire per la sua attuazione.¹²²

hoc elegeris in C. 4.64.1 si afferma: «la previsione di un' *actio in factum* come alternativa alla *condictio certae rei* non avrebbe avuto, poi, un serio costrutto, visto che l'una e l'altra, pur con diversi presupposti, portavano ad una condanna al *quanti res est*»: punto di vista che, come si è detto (*supra* nt. 6), sarà però abbandonato negli studi più recenti, ove l'autore finirà per prendere in considerazione un impiego dell'azione pretoria a fini di adempimento. Per una più stretta relazione tra l'importo della condanna dei due programmi di giudizio vd., in una prospettiva più ampia (non circoscritta al tema della tutela dei *nova negotia*) ma riferentesi alle applicazioni più risalenti dell'azione pretoria, BETTI, *L'antitesi* cit., 87: «non altrimenti che il “*quanti ea res est*” delle *actiones in factum* più antiche, il “*quanti ea res est*” della *condictio certae rei* invita il iudex alla pura e semplice stima della ipsa res pretesa nella intentio secondo un criterio ristretto e rigoroso, senza tener conto alcuno dell'interesse dell'actor».

¹²⁰ Per una distinzione tra le due nozioni, in un'ottica che tende a tenere nettamente separate sul piano delle finalità applicative *condictio* e *actio in factum*, vd. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 80 ss.; sempre nel segno di una differenziazione vd. da ultimo GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 431 s., che riferendosi all'*a. in factum* afferma appunto quanto segue: «il suo esercizio avrebbe in ogni caso comportato una condanna di ammontare superiore a quella assicurata dalla *condictio*, poiché questa sarebbe stata pari al valore di mercato della cosa al tempo della *litis contestatio*».

¹²¹ In proposito vd. *supra* § 1.

¹²² Sul punto non ci resta che rinviare, come già si è fatto, a ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. II § 5.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna 220